Die
Beweisführung
in
bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Theoretisch-praktisches Handbuch

von

Dr. Wilh. Langenbeck,
vormals Hannoverschen Ober-Gerichts-Assessor, jetzt Docenten der Rechte an der Universität Jena.

Zweite Abtheilung.

Das Beweisinterlocut und dessen einzelne Bestandtheile behandelnd.

Leipzig,
Verlag von Wilhelm Engelmann.
1860.

Inhalt.

IX. Das Beweisinterlocut.

X. Vom Beweissatze.

XI. Von der Beweislast.

XII. Von der Beweisfrist.

XIII. Von der Gegenbeweisführung.

IX.

Das Beweisinterlocut.

§. 1.

In der Einleitung zu diesem Werke haben wir bereits gezeigt, daß im heutigen bürgerlichen Processe der Vortrag der von den Parteien behaupteten Rechte und deren thatsächliche Begründung, wie deren Beantwortung einen besondern, ersten Abschnitt des Processes bildet, an welchen sich ein zweiter auf Liquidation dessen, worüber noch Ungewißheit herrscht, ausschließlich berechneter unter dem Namen der Beweis-Periode (oder Instanz) anschließt. Damit wurde die Forderung des Abschlusses jener Periode der Parteibehauptungen durch einen richterlichen Ausspruch verbunden, in welchem die Beurtheilung aller bis dahin von den Streitenden gehaltenen Vorträge auszusprechen ist, m. a. W. eine Entscheidung über den Werth gefällt werden muß, den das bis dahin vorgelegte Material für den Ausgang des Processes hat, zugleich aber auch die Basis für das nunmehr beginnende, mit Führung der Beweise sich ausschließlich beschäftigende Proceßstadium zu geben ist. Dieser richterliche Ausspruch ist das Beweisinterlocut, und von uns als ein bedingtes Endurtheil bezeichnet, welches bei versäumter zeitiger Appellation unabänderlich feststehe.

Auf den Namen eines Urtheils kann das Beweisinterlocut aber immer nur unter der Voraussetzung Anspruch machen, daß sein Inhalt (wenn auch nicht total[a]) aus der Vergangenheit hergenommen ist, und es läßt sich offenbar nicht verkennen, daß dieser Punkt in dem, was früher hierüber gesagt wurde (namentl. S. 32 —35 S. 109 ff.), noch nicht genügend festgestellt ist. Wir haben dort zwar manches von der Nothwendigkeit der Abgabe eines Beweisinterlocuts vorgetragen, indeß hieraus ergibt sich noch nicht die Natur desselben als eines Urtheils[b]), und der dort angedeutete Zweck der Beweisinterlocute ließe sich, könnte man einwenden, auch durch eine proceßleitende Verfügung (Beweisdecret) erreichen. Letztere kann aber wieder aufgehoben werden, wenn der Richter findet, daß sie unzweckmäßig war, und wenn wir diesem dagegen die Befugniß einer Abänderung des Beweisinterlocuts abgesprochen haben, so müssen wir um so mehr dessen Natur eines wahren Urtheils nachweisen. Als ein Urtheil erscheint es im deutschen, nicht aber im fremden, (römischen, canonischen, romanischen) Processe; im altgermanischen Processe galt es dafür unzweifelhaft, und diese deutsche Rechtsanschauung ist nie ganz durch das eindringende fremde Recht beseitigt, sie ist zwar zeitweise in den Hintergrund gedrängt, aus dem Kampfe des deutschen Proceßrechts mit dem fremden aber am Ende siegreich hervorgegangen, wie die Untersuchungen der neueren Zeit[c]) ergeben haben[d]).

---

a) S. unten §. 6.

b) Daß es diese Natur habe, ist früher bloß behauptet, und konnte damals aus dem Grunde nicht weiter bewiesen werden, weil dort noch nicht der Ort war, über den Inhalt des Beweisinterlocuts ausführlich zu reden.

c) Man sehe darüber das mehrerwähnte classische Werk von Planck, dessen größter Theil sich hiermit beschäftigt. S. 1—227.

d) Wenn man geneigt sein sollte, uns einen Vorwurf daraus zu machen, daß die nachstehende rechtsgeschichtliche Erörterung nicht bereits in der Einlei-

§. 2.

So lange der deutsche Proceß sich von dem Einfluß fremder Rechte frei hielt, enthielt das Beweisinterlocut den Schwerpunkt des ganzen Rechtsstreits [a]). Denn mit ihm kannte man den Ausgang des letzteren wenigstens mit so vieler Gewißheit, daß ein Urtheil über die Ergebnisse der angewandten Beweismittel überflüssig war [b]). Bei der rein formellen Natur und Einfachheit der Beweise konnte man den Proceß als beendet ansehen, sobald auf Beweis unabänderlich erkannt worden war [c]). Die Thätigkeit des Gerichts concentrirte sich auf Beantwortung der Frage, wer darf beweisen und was soll er beweisen [d]), und da die Consequenzen der Be-

---

tung ihren Platz gefunden, so bemerken wir dagegen, daß in dieser, wie wir ausdrücklich hervorgehoben haben (S. VII. der Vorrede), keine Geschichte des Beweises hat gegeben werden sollen. Die Einleitung hatte nur soweit Geschichtliches aufzunehmen, als es sich darum handelte, die Richtigkeit der in §. 2 daselbst aufgestellten Sätze darzuthun.

a) Vergl. S. 28 der Einleitg.

b) Umsomehr als die Folgen des erbrachten Beweises ausdrücklich ausgesprochen wurden im Beweisurtheile (z. B. in d. Magdeburger Schöffenurtheile II. c. 2 dist. 8. I. c. 6 dist. 6 hinter d. Zobel'schen Ausgabe des Sachs.-Spiegels. Vergl. Planck l. c. S. 56. Maurer l. c. S. 60 not. 84—87), oder sich aus dessen Fassung erkennen ließen, (z. B. Richtst. Landr. 6. 8. 13. 14 a. E. 17. 21. Vergl. Planck S. 57.)

c) Alle Aussprüche der Urtheiler, seien sie auch nur auf Fragen über einen die Proceßleitung betreffenden Streit abgegeben, mußten „gescholten" werden, widrigenfalls sie unabänderlich waren. Dies gilt also auch von einem Ausspruch, der Beweis fordert. (Richtst. Landr. 16. in. d. Worten: „so vrage du kleger: Na deme, dat dy dat gevunden sy, dat du des met dynem getüge neger to behaldende bist, unde he es don nicht weddersprak, eft he yt nu wedderspreken moge? So vint me: he ne moge.") Planck l. c. S. 54.

d) Von Bedeutung ist, daß (wenn überhaupt Beweis nöthig war) die uns aus jener Zeit aufbewahrten Schöffenurtheile meistens nur Beweisurtheile sind, selten Endurtheile nach geführtem Beweise, und auch in den Beispielen des Richtst. sich gewöhnlich nur das Verfahren bis zum Beweisurtheil beschrieben findet.

weise um ihrer Formalität willen unabänderlich[a]) waren, so mußten begreiflich jene Fragen entschieden sein, bevor es zur Beweisführung selbst kam. Das Beweisurtheil war deßhalb ein wesentliches unentbehrliches Stück des reinen altdeutschen Processes. Es hatte dasselbe aber auch alle Merkmale eines wirklichen Urtheils an sich: das Gericht entschied auf vorgängigen Streit[b]) über das Recht des Beweises, und leitete seinen Ausspruch lediglich aus der Vergangenheit d. h. aus dem bis dahin von den Parteien vorgetragenen Material[c]) her. Das Recht zum Beweise stand dem Angegriffenen zu[d]), wer aber als solcher anzusehen, bestimmte sich nach dem Inhalte der Parteienvorträge; konnte der Gegner eines der in not. a z. S. 40 sub 1 und 2 angeführten Beweismittel anbieten, so durfte er das Beweisrecht in Anspruch nehmen. Da Fälle der letztern Art aber wohl nur seltener waren, so kann man

---

a) S. 28 not. b der Einleitung. Auch der Eid mit Consacramentalen (in jener Note „Zeugen") war in dieser Beziehung formeller Art, da es auf Kenntniß von der Sache nicht ankam. (Einleitg. §. 5 a. E.) Dem richterlichen Ermessen über das Resultat der angewandten Beweismittel war so gut als gar kein Spielraum gelassen, das Beweisen war ein Recht, Gegenbeweis nicht möglich, die Lage dessen, der Beweis führen durfte, also ähnlich der Situation desjenigen, dem h. z. T. der Notheid auferlegt wird. Auch hierin erblickt man einen Vorzug, und wie die in dem rechtskräftigen Erkenntnisse angedeuteten Folgen des juram. necess., sobald es ausgeschworen ist, unabänderlich eintreten, mußten auch die Gerichtspersonen die Consequenzen des altgermanischen, auf gehörige Art geführten Beweises gelten lassen. Denn was durch legale Beweismittel erhärtet war, galt für wahr, mochte das Gerichtspersonal darüber denken, was es wollte. Wie oft verzichten nicht auch h. z. T. die Parteien auf ein Schlußurtheil, wenn das jur. necess. abgeleistet ist.

b) S. 28 oben.

c) Dieses bestand nicht bloß in der Angabe von Rechten, sondern aller facta, von denen die Partei wollte, daß darauf Gewicht gelegt werden solle, keinerlei Thatsache wurde vom Gericht in Betracht gezogen, wenn sie nicht vor dem Beweisurtheil vorgetragen war. Dasselbe galt in Ansehung der Beweismittel.

d) S. 16 der Einleitg. not. a das.

annehmen, daß der Beweis durch Eid der regelmäßig eintretende war. Dieserhalb mußte das Beweisurtheil auch regelmäßig nicht nur das Beweisrecht und Beweismittel angeben, sondern auch eine Entscheidung über den Beweissatz d. h. eine ausdrückliche Angabe desjenigen enthalten, was die Partei wahr zu machen hatte. Dieses war unzertrennlich von der Entscheidung über das Beweisrecht, eben weil solches dem Angegriffenen zustand und dieser sich nach dem Inhalte der aufgestellten Behauptungen bestimmte.

Die Beweismittel mehrten sich freilich in der Folge. Die neu hinzukommenden, Zeugen, Sachverständige und Urkunden, drängen die älteren in den Hintergrund[a]), sie werden zu den regelmäßigen Waffen des angreifenden Klägers[b]), in deren Ermanglung es erst zum Eide des Beklagten kommt. Man stellte nämlich dem schwerer als dieser Eid wiegenden eigenen Wissen des Gerichts den Fall gleich, wo sich dasselbe auf Grund historischer Schlußfolgerungen und Combinationen, die in den schriftlichen oder mündlichen[c]) Mittheilungen Dritter ihre Basis hatten, vergewissern konnte; die Formalität der Beweise schwindet also, der richterlichen Thätigkeit öffnet sich ein Feld der Beurtheilung, ein Schlußerkenntniß ist erforderlich, da sich das Ergebniß der anzuwendenden Beweismittel nicht mehr so einfach übersehen läßt. Indeß bezieht

---

a) Sie beseitigen die älteren nicht völlig. Planck l. c. S. 66 ff.

b) Hierüber vergl. S. 16 not. a der Einleitg.

c) Aehnlich aber treffender ist noch h. z. T. unsere Anschauung, wenn wir die s.g. dispositiven Urkunden (z. B. Testamente, Verträge pp. Wetzell I. S. 138. Bayer S. 844), deren Aechtheit außer Zweifel ist, nicht als bloße Zeugnisse über die Handlung dessen, der sie ausstellte, sondern als die Handlung selbst auffassen, welche in den Schriftzügen bleibend fixirt wird, daher ein vollständiger Beweis des Daseins wie des Inhalts der in der Urkunde enthaltenen Disposition dadurch geliefert wird, daß durch Production der Urkunde dem Richter „Gelegenheit gegeben ist, die Willenserklärung gleichsam durch Augenschein selbst wahrzunehmen.“

sich dieses Urtheil (wenige Fälle ausgenommen, in denen Feststellung des Umfangs der Folgen erforderlich ward, die der Sieg oder der Verlust des Processes als Folge des erbrachten oder nicht erbrachten Beweises nach sich zieht), doch nur auf die Frage: ist bewiesen? und nach wie vor bleibt das auf Grund des vor seiner Abgabe von den Parteien vorgetragenen Materials errichtete Beweisurtheil der Schwerpunkt des Processes. Denn es läßt ersehen, wie das Gelingen des Beweises den Sieg, das Mißlingen den Verlust der Sache nach sich ziehen werde, das Endurtheil darf diesen oder jenen immer nur auf Grund des Beweisurtheils verkünden, und, wie die aus jener Zeit uns erhaltenen Sentenzen ergeben, keinen neuen Beweissatz aufstellen, sollte auch das Gericht das Unzutreffende des Inhalts seines Beweisurtheils eingesehn haben[a]).

Es fragt sich nun: haben sich diese Eigenthümlichkeiten des germanischen Processes gegenüber dem eindringenden romanischen erhalten[b])? Dieser kennt keine Trennung der Periode des „Behauptens" und des „Beweisens", kein besonderes Beweisverfahren,

---

a) Es existiren wenigstens keine Endurtheile, die von dem Beweisurtheile abweichen, andererseits liefern noch vorhandene den positiven Nachweis darüber, daß sich das Endurtheil streng nach dem Beweisurtheile zu richten hatte. Beispiele giebt Planck l. c. S. 89 ff. Sehr anschaulich macht die Sache folgender von Michelsen (Oberhof Nr. 45) mitgetheilter Fall: Nach einem nicht gescholtenen Urtheile des Raths zu Reval hatten die Beklagten Beweis geschehener Besatzung (Arrest) zu führen, mußten im Beweisverfahren aber zugeben, daß nicht alles erfolgt sei, was zu einer wirksamen Besatzung gehörte, weßhalb der Beweis als nicht erbracht und Beklagte ihres Rechts verlustig erklärt wurden. Hiergegen suchten letztere Abhülfe beim Oberhof in Lübeck, der, obwohl er mit dem Beweisurtheile nicht einverstanden zu sein scheint, wenigstens keineswegs seine Zustimmung dazu an den Tag legt, das Endurtheil doch mit den Worten bestätigt: „Na deme de Parthie ut dem rechte gegan sint, unde dat erste ordel" (d. h. das Beweisurtheil) „ungeschulden is gebleven, so blift dat leste ordel by macht unde werde, id ga da furder umme, alse lubesch recht is."

b) S. die Einleitg. S. 29, letzt. Abs. bei b.

kein Beweisurtheil: Dieses letztere war zwar nicht unmöglich, aber es war doch nicht nothwendig, denn der ursprüngliche Grund, der es im deutschen Proceß forderte, die Formalität der Beweise, fehlte im romanischen gänzlich. Hier soll der Beweis gerade den Richter überzeugen[a]), und dieser soll prüfen den Werth alles dessen, was ihm die Parteien an Beweismaterial zuführen. Und obwohl man die Beweis fordernden Interlocute ebenso gut als manches Andere unter die sententiae in vim definitivarum hätte rechnen können[b]), fehlt es doch an Zeugnissen dafür, daß Jemand behauptet hätte, es komme ihnen Rechtskraft zu.

---

a) Tancred. III. 5. §. 3. (ed. Bergmann S. 60. 219.) III. 13. §. 6. (ed. cit. S. 255. 256.) Die Beweismittel sind: Augenschein (evidentia facti), fama, Eid, Zeugen, Urkunden, Präsumtionen.

b) Nach römischem Rechte kommt nur dem Endurtheile Unabänderlichkeit zu, alle vorgehenden Aussprüche, interlocutiones, kann sowohl der Richter, der sie abgab, als der Oberrichter, wenn die Sache mittelst Appellation gegen das Endurtheil an ihn gelangt, wieder aufheben, gegen Interlocute zu appelliren ist bei Strafe verboten (L. 2 C. 1. 4. L. 16. C. 7. 45. L. 36 rest. C. 7. 62), die Abhülfe dagegen kann bei Gelegenheit der Appellation gegen das Endurtheil gesucht werden. Ausgenommen von diesem Verbote sind indeß interlocutiones, welche wegen Incompetenz, Verwerfung peremtorischer Präscription, Verweigerung einer Klage oder einer Frist zur Herbeischaffung von Zeugen und Urkunden die Unzufriedenheit einer Partei erregen. (L. 18 pr. C. Th. quor. app. L. 37 C.Th. de app.)

Das canonische Recht gestattete dagegen anfänglich jede Abänderung eines Interlocuts sowohl dem, der es abgegeben hatte, als dem Oberrichter, und erlaubt den Parteien, gegen jedes Interlocut zu appelliren, (c. 60 X. de app.), worin man bereits den Einfluß des das Schelten jedes gerichtlichen Ausspruchs erlaubenden deutschen Rechts hat erblicken wollen, während von anderer Seite der Grund in das Bestreben des Pabstes nach Machterweiterung gesetzt wird. Wie dem auch sei, das canonische Recht mußte von der unbeschränkten Befugniß des Appellirens, die sich als unzweckmäßig erwies, später zurückkommen, und sanctionirte, wofür sich bereits der Gerichtsgebrauch Italiens unter dem Einflusse des römischen Rechts (dessen einzelne Bestimmungen die Wissenschaft zu einem Systeme verarbeitet hatte) entschieden hatte: vor dem Endurtheile kann nicht appellirt werden, es sei denn, daß die interlocutoria eine bei Gelegenheit der Appellation gegen das Endurtheil nicht zu hebende Beschwerde zugefügt hat,

Diese romanischen Grundsätze fanden beim Reichs-Cammergerichte[a]) und den meisten Territorialgerichten den entschiedensten Anklang. Man entfernte sich vom vaterländischen Rechte immer mehr, wovon die C. G. O. v. 1555 den stärksten Beweis liefert[b]). Andererseits trat das sächsische Recht diesem Extreme entgegen, in ihm erhielt sich das deutsche Rechtsbewußtsein, mit dem Anfange des 17. Jahrhunderts tritt eine Reaction[c]) so entschieden hervor, daß daraus ein ganz neuer deutscher Proceß hervorgeht, in welchem deutsches und fremdes Element bis zu diesem Tage, allein unter fortwährenden Errungenschaften des ersteren[d]), um die Herrschaft streiten.

Zwar nimmt in diesem neuen Processe das Gericht eine ganz

---

oder ihrem Inhalte nach mit der Definitivsentenz auf einer Stufe steht „vim definitivae habet." (Conc. Trident. Sess. 24. c. 20 de reform.) War nun damit zwar noch nicht gesagt, daß appellabele interlocutoriae bei unterlassener Anfechtung unabänderlich werden (Archiv Bd. 30 S. 127. J. H. Böhmer J. E. P. II. 28 §. 6), so wurde doch, wenn auch erst nach und nach, anerkannt: „interlocutoria sententia, quae vim habet definitivae, transit in rem judicatam", wobei freilich nicht unbestritten war, was zu der interl. vim def. habens gerechnet werden könne. Planck (l. c. S. 135) sagt hierüber: „Eine Eigenschaft der diffinitiva ist auch die, daß sie durch entscheidende Festsetzung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses den Streit beendigt. Diese Eigenschaft kann nun in gewissem Grade auch einer interlocutoria beiwohnen, nämlich dann, wenn sie einen einzelnen Theil des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses entscheidend festsetzt, und dadurch, wenn nicht sogleich den ganzen Streit, doch ein wesentliches Stück desselben beendigt."

Eine Zusammenstellung der Belegstellen des canonischen wie des römischen Rechts findet sich im Arch. Bd. 30 S. 107 ff.

a) Vergl. S. 365 not. d.

b) So lange das articulirte Verfahren stattfand, war zur Abgabe von Beweisinterlocuten keine Veranlassung gegeben, man beschränkte sich darauf, irrelevante Artikel zu verwerfen, für relevante und zweifelhafte (salvo jure impertinentium et non admittendorum) eine Beweisfrist zu bestimmen. C.G.O. v. 1555. Th. III. tit. 26 §. 1 tit. 29 §. 1. tit. 43 §. 4 tit. 16 §. 3.

c) Einl. S. 35 bis 38.

d) Bereits sehr entschieden hervortretend im J. R. A.

andere Stellung ein, und seine Aussprüche sind völlig andern Characters als im altdeutschen Verfahren[a]), man schloß sich in beider Hinsicht dem fremden Rechte an, indeß über die Consequenzen davon wurde man sich so wenig klar, daß trotzdem manches Reindeutsche in das neue Verfahren hinübergehen konnte. Und so hat die Wissenschaft dem anfänglich mit Befangenheit und ohne Selbstständigkeit angenommenen Satze des romanischen Processes, daß allen mit dem Endurtheile auf gleicher Linie stehenden Aussprüchen des Gerichts Unabänderlichkeit zukomme[b]), einen dem deutschen Rechtsbewußtsein sehr entsprechenden Ausdruck gegeben. Man fing nämlich an zwei Arten gerichtlicher Aeußerungen zu unterscheiden, je nachdem diese etwas entscheiden oder nicht; erstere hießen Urtheile schlechtweg oder auch Endurtheile, wenn sie die ganze Sache, dagegen Beiurtheile, sententiae interlocutoriae, wenn sie nur einen einzelnen streitigen Punkt entschieden. Urtheile und Beiurtheile wurden als unabänderlich angesehen, wenn sie nicht zeitig durch Rechtsmittel angefochten waren. Dabei verschwand der Sache, wenn auch nicht dem Namen nach der Unterschied zwischen interlocutoriae quae vim defin. oder diffin. habent, und non habent (auch mixtae und resp. merae genannt). Damit war man denn auf dem Standpunkt des reinen deutschen Rechts angekommen.

Dieses unterscheidet sehr bestimmt zwischen der Thätigkeit des Richters und der Urtheiler. Der Erstere ist Dirigent der öffentlichen Verhandlung, etwa soviel als unser Ausdruck „Präsident" bezeichnet, seine Aussprüche sind bloß anordnende, nicht entscheidende, sie können allezeit und ex officio abgeändert werden; dagegen geben die Urtheiler immer nur entschei-

a) Vergl. S. 29 und die Note c daselbst.
b) Vergl. not. b zur S. 207.

dende ab, immer nur werden sie laut, wenn Streit besteht, nicht bloß über das Recht selbst, sondern auch über die Proceßleitung, wenn Parteien und Richter darüber in ihren Meinungen abweichen, und die Urtheiler dann gefragt werden, was Rechtens sei, ihre Aussprüche müssen aber gescholten werden, sonst werden sie unabänderlich[a]).

Mit dem Wegfallen des Unterschieds zwischen Richter und Urtheilern[b]) ist kein äußeres, sondern nur noch ein inneres Merkmal der Qualität gerichtlicher Aeußerungen vorhanden, wonach sich deren Ab- oder Unabänderlichkeit bestimmt. Sobald sie einen vorausgegangenen Streit der Parteien unter sich oder zwischen Partei und Richter[c]) entscheiden, werden sie unabänderlich, nur muß deutlich die Absicht des Entscheidens eines vorliegenden Streits daraus hervorgehen, was sich von einem bloßen Beweisdecret nicht würde sagen lassen.

Das sächsische Recht hält in der ächt deutschen Rechtsanschauung, wonach alle Urtheile gescholten werden können, an der Unabänderlichkeit der zeitig nicht angefochtenen Beweisinterlocute streng fest[d]). Die Schriftsteller und die Lehrer des Rechts auf den

---

a) Planck l. c. §. 3 z. A. erinnert daran, „daß jedes einzelne Urtheil, welches im Laufe des Processes gefunden wurde, als ein Rechtssatz zu betrachten" (Vergl. unsere Einleitung S. 15) „und folglich unabänderlich zu befolgen war, sobald durch die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung, Bevollwortung, der Parteien die Möglichkeit des Urtheilscheltens ausgeschlossen war. Denn für diesen Charakter der Urtheile mußte es gleichgültig erscheinen, ob der Ausspruch der Gerichtsversammlung über das bestehende Recht verlangt wurde in Ansehung eines materiellen oder formellen Streitpunkts oder m. a. W. ob das Urtheil gefunden war über einen Gegenstand, der das verfolgte Recht selbst betraf, oder über eine processualische Frage."

b) S. die Einleitung S. 29, not. c.

c) Der Streit muß die Rechtmäßigkeit, nicht die Zweckmäßigkeit dessen, was das Gericht aussprach, betreffen. Planck S. 167, not. 1.

d) Alte sächs. Proc. Ordnung tit. 20. Sächs. Pr. Ord. v. 1670 Th. 1.

Hochschulen in Sachsen standen zu sehr unter dem Einflusse des sächsischen Rechts, als daß sie dieses und gemeines Recht von einander streng geschieden hätten, unbewußt trugen sie in letzteres manches von ersterem, insonderheit die Lehre vom Beweisurtheile[a]) hinein. Und hierin hatten sie vollkommen Recht, sofern sie altdeutsche Principien verfolgten. Wirkten sie nun einerseits durch ihre Schriften mehr oder weniger auf das juristische Publicum in ganz Deutschland, so trug andererseits zur Verbreitung ihrer Ansichten wesentlich noch der Umstand bei, daß die auf den sächsischen Hochschulen studirende Jugend das mündlich Vorgetragene als gemeines Recht hinnahm, und in das in der Heimath sich ihr eröffnende Geschäftsleben mitbrachte. Dazu rechne man noch den großen Einfluß, den die Facultätspraxis auf die Gerichte übte.

Cap. 16. §. 5. Eisen. Pr. O. v. 1702 tit. 21. §. 12. Goth. Pr. O. v. 1776 Th. 1. Cap. 31. §. 2. 4. Cap. 30. §. 9.

a) Hartmann Pistoris, sächsischer Geheimerath, gest. 1601, rechtfertigte bereits doctrinell die Beweis-Urtheile, wenn das Endurtheil, als davon abhängig, gleich beigefügt ist, wobei er von einer consuetudo redet, die ihn die Sache so anzusehen berechtige, und sich auf U. Zasius ad L. a. div. Pio. 15 §. in venditi 2. D. de re jud. Nr. 13 beruft; Carpzow, gest. 1666, meinte sogar, es sei genug, wenn das Interlocut statt des beigefügten Endurtheils die Clausel enthalte, „daß weiter ergehen werde, was Rechtens." Mevius, dessen Einfluß auf Theorie, Praxis und Legislation in Norddeutschland bekannt ist ꝛc. (noch im J. 1852 hat Verf. auf Grund einer von ihm verfaßten Tribunalsordnung votirt) sieht die Sache nicht anders an und wird von dem Cameralisten Brunnemann (comment. in Pand. ad L. 14 de re jud. nr. 5 ff.) getadelt, während letzterer doch bekennen muß, daß der Gerichtsgebrauch für die Ansicht seines Gegners sei. Mevius kennt nämlich neben der als proceßleitend anzusehenden admissio ad probationem articulorum (decis. II. dec. 301 not. 4.) ein eigentliches vor dem Beweisverfahren abgegebenes Urtheil, welches unabänderlich wird (dec. 301.) und, nachdem die Abschaffung der Artikel eingetreten war, ganz und gar jene admissio verdrängte. Weil nun zugleich der JRA. §. 50 darauf drang, daß keine überflüssige Beweise zugelassen werden, so kam man ganz natürlich (zwar nicht in Sachsen) zu dem speciell formulirten Beweissatze. (Pufendorf, proc. civ. Brunsw.-Lunib. II. 11. §. 3. III. 22. §. 2. IV. 1. 6. J. H. Böhmer J. E. P. I. 2. 28. §. 10.)

Der Norden Deutschlands war übrigens viel empfänglicher für die Lehren jener Processualisten als der Süden, ja! die von ihnen verfochtenen altdeutschen Grundsätze hatten in manchen Gegenden Norddeutschlands so gut sich erhalten als in Sachsen. Es gibt Untergerichtsordnungen (z. B. das Hamburger Stadtr. v. 1603 I. 28 art. 14 vergl. mit I. 35. Otterndorfer Stadtr. von 1541. art. 5. Lüneburger G. O. v. 1564. vergl. unten S. 367), welche ein nach Beendigung des Verfahrens über die beiderseitigen Behauptungen vom Richter abzugebendes die Beweisführung regulirendes Beiurtheil als Regel annehmen, und zwar das altdeutsche Beweisurtheil mit allen seinen Eigenschaften, insonderheit der Unabänderlichkeit, wenn es nicht zeitig angefochten ist[a]).

Die Ansichten des deutschen Nordens über Natur und Unabänderlichkeit der Beweisinterlocute verbreiteten sich im vorigen Jahrhunderte auch auf den Süden, die bedeutendsten Autoren über Beweisverfahren lebten eben in Norddeutschland, und auch die renommirtesten Facultätspraktiker fanden sich hier. Ihre Ansichten gingen sogar in die Particulargesetzgebung über, und so gilt im heutigen gemeinen deutschen Proceß trotz hin und wieder dagegen laut gewordener Stimmen der Satz, den bereits Pufendorf aufstellte: „Utcunque autem secundum jus Romanum res se habeat, praxis docet, sententiam hodie interlocutoriam causa cognita latam mutari a judice nunquam posse, sed ad rescindendam illam remedia juris adhibenda esse“ — ein vortreffliches Zeugniß für den Gerichtsgebrauch, der dem Beweisinterlocute einen unabänderlich bindenden Einfluß auf das Endurtheil beilegt[b]).

---

a) Planck l. c. S. 206.

b) Daher können wir dem nicht beistimmen, was v. Pape im Arch. Bd. 30. S. 127 sagt.

Die angesehensten Proceßlehrer der Gegenwart lehren noch immer dasselbe, was schon Pufendorf ausgesprochen hat[a]), an der Unabänderlichkeit der Beweisinterlocute, die man heutzutage auch Beweis**urtheile** zu nennen kein Bedenken trägt, ist somit wohl kein Zweifel. Dies muß man zugeben, wenn man den Standpunkt des deutschen Processes nicht verläßt, und sich dagegen nicht auf den einer legislativen Politik stellt. Den Namen von Urtheilen verdient das heutige im Sinne des deutschen Processes eingerichtete Beweisinterlocut unbedenklich, das ergibt sein Inhalt, wenn man damit das früher von den Erfordernissen eines Urtheils Gesagte zusammenhält. Es fragt sich, worin besteht dieser Inhalt? was mit der Frage zusammenhängt: auf was hat der Richter sein Augenmerk zu richten, um zu wissen, ob er ein Beweis-Urtheil abfassen muß?

§. 3.

Der Richter hat nicht bloß zu erwägen, was von den Parteien vorgetragen wurde, sondern auch was hätte vorgetragen werden sollen. Er wird sich nicht bloß klar werden müssen über das, was die Parteien für sich in Anspruch nehmen, sondern auch darüber, ob sie eine hinlängliche thatsächliche Begründung ihrer Behauptungen vorgelegt haben. In Ansehung dieses letztern Punkts weicht das deutsche Proceßrecht aber merklich von dem fremden ab,

---

a) Die rechtsgeschichtliche Entwickelung der Natur des heutigen Beweisinterlocuts verdanken wir **Planck**. In Bezug auf seine Arbeit erklärt einer der angesehensten Processualisten (**Bayer** l. c. S. 749): „Wenn auch das Beweisinterlocut in seiner jetzt üblichen Stellung und Form in dem römischen und canonischen, sowie in dem, diesem nachgebildeten kammergerichtlichen Processe nicht vorkommt, so finden wir doch dasselbe, wie **Planck** (l. c. S. 3 bis 82) durch zahlreiche und unverwerfliche Belege historisch nachgewiesen hat, im ältern deutschen Gerichtsverfahren. Diese altdeutschen Beweisurtheile haben sich aber auch unter dem Einflusse des eindringenden romanischen Rechts in dem Gerichtsgebrauch einzelner Länder, namentlich in Sachsen fortwährend erhalten" u. s. w.

ein Umstand, der zum Verständnisse der nachfolgenden Betrachtungen noch näher darzulegen ist.

Zur Zeit des ordo judiciorum privatorum[a]) hatten die Parteien vor dem Magistrate ihre Rechte, auf welche sie sich im Processe stützen wollten, zwar vollständig anzugeben, widrigenfalls sie der Strenge nach später davon nichts mehr nachholen konnten, allein erst in judicio brauchten sie die in jure vorgebrachten Rechte auf ihre factische Grundlage zurückzuführen[b]), und letztere zu beweisen. Hierauf bezieht sich der in den Quellen vorkommende Ausdruck „implere": indem nämlich die Partei das in jure angeführte Rechtsverhältniß (z. B. Eigenthum, Servitut) in dessen factische Voraussetzungen (z. B. Tradition, Vertrag) auflöste und das, was von der Gegenpartei nicht zugestanden wurde, nachwies, füllte sie — wie es ein geistreicher Schriftsteller ausgedrückt hat — das leere Schema des behaupteten juristischen Begriffs mit einem wirklichen reellen Inhalte an.

In bestimmter Weise findet sich also hier eine Trennung des Behauptens und Beweisens als in verschiedene Stadien des Verfahrens gehöriger Parteihandlungen. Anders im Justinianischen Rechte: wenn ein Streitender nur den ursprünglichen Punkt, auf den es ankommt, nicht verlassen hat[c]) (wenn nur die Identität des Rechtsstreits gewahrt wird), dürfen selbst, nachdem das Beweisverfahren über Klagegrund und Exceptionen seine Erledigung gefunden, nicht nur neue zur Begründung der behaupteten Rechte dienliche Thatsachen sondern selbst ganz neue exceptiones u. s. w.

---

a) Wir halten eine kurze Angabe des vorjustinianischen Rechts deshalb für geboten, weil wir in der Einleitung hierüber gar nichts gesagt haben, und das Mißverständniß sich ergeben könnte, als hätten wir das früher Vorgetragene für das allein geltend gewesene römische Recht ausgegeben.

b) Puchta, Institutionen Bd. 2. §. 167. not. d.

c) Daß dieses nicht geschehe, darauf hat der Richter zu halten.

vorgetragen werden, bis den Streitenden der Stoff ausgeht. Am Ende des Ganzen gibt der Richter sein Urtheil ab[a]).

Auch das canonische Recht kennt eine Periode des Behauptens als von der des Beweisens geschieden nicht, wie schon früher[b]) ausgeführt ist.

Eine strengere Ordnung findet sich aber von jeher im deutschen Processe[c]). In der ältesten Zeit war es Regel, die behaupteten Rechte vor dem Beweisurtheile durch Angabe ihres factischen Grundes zu substantiiren[d]) und auch schon die Beweismittel, deren Werth ja für die Bestimmung der Rolle des Beweisführers von Bedeutung war, anzugeben. Man wollte es nämlich dem nicht ohne Schwierigkeit zusammenzubringenden Gerichte möglich machen, den Streit in einer einzigen Sitzung durch ein Urtheil zu beenden, welches, wenn es kein Endurtheil sein konnte, den Sieg doch nur noch von der Nachlieferung eines höchst einfachen, hinsichtlich seines Resultats der richterlichen Beurtheilung nicht mehr bedürfenden Beweises abhängig machte. Ueberhaupt zeichnete sich der altdeutsche Proceß dadurch aus, daß er sich durch eine Reihe von Stadien bewegte, die für alle Fälle gesetzlich berechnet[e]) jedes durch ein Urtheil abgeschlossen wurden[f]), womit dann zusammen-

a) Vergl. d. Einleitung S. 9 ff. S. 26.

b) Vergl. die Einleitung S. 27—29.

c) Ueber einige Scheingründe des Gegentheils s. Planck l. c. S. 143 bis 145.

d) Ausnahmen von solcher Regel hat es allerdings gegeben. In diesem Sinne ist die Note c. zu S. 27 der Einleitung zu nehmen.

e) Wegen der mehr passiven Stellung des Gerichts konnte die Reihenfolge der Proceßhandlungen nicht einer Beurtheilung der Zweckmäßigkeit des einzelnen Falles überlassen werden. Planck S. 230.

f) Grund davon war außer der schon gedachten Schwierigkeit der Gerichtsversammlung die Mündlichkeit der Verhandlung, wovon fast gar nichts aufgezeichnet ward, so daß das Urtheil immer den bestimmten Abschluß irgend einer

hing, daß alles, was in demjenigen Abschnitte, in den es gehörte, nicht vorgetragen war, in einem späteren überall nicht mehr gehört ward. Es macht sich also hier bereits, wie schon früher angedeutet wurde[a]), die s. g. Eventualmaxime bemerklich, sie ist von Alters her im deutschen Proceß heimisch, wenn gleich man sie nach Reception des fremden Rechts eine Zeit lang aus den Augen verloren hatte, und erst nach dem J. R. A. wieder anerkannte. Jene Eintheilung des Processes in bestimmte Stadien hat sich ebenfalls im deutschen Processe erhalten; je mehr in der Folge der schriftliche Proceß sich in die Länge zog, suchte man freilich mehrere Stadien mit einander zu verschmelzen, die Trennung der Periode des Behauptens und Beweisens und Abschluß der ersten durch ein Urtheil hat sich aber erhalten, was aus früher entwickelten Gründen nicht anders sein konnte. Nur von dem Erforderniß der Angabe der Beweismittel ist in dem ersten Abschnitte keine Spur mehr, weil davon die Bestimmung des Beweisführers nicht mehr abhängt, und was die Thatsachen anlangt, so brauchen auch sie nicht alle mehr in der ersten Periode genannt zu werden.

Man muß nämlich unterscheiden:

1. Solche Thatsachen, welche den Grund der Klagen, Einreden, Repliken u. s. w. bilden, und
2. Solche, aus denen sich ein Schluß auf die sub 1 gedachten Thatsachen ergeben soll.

ad 1. Facta der ersten Art dürfen nach Abgabe des Beweis-

Seite des Processes und einen Anhaltspunkt ergab. Hätte man auf solche Weise nicht in das Vorgetragene einen bestimmten Abschluß gebracht, so hätte in einer spätern Gerichtssitzung alles früher Vorgetragene wiederholt werden müssen, weil sich nicht erwarten ließ, daß es den Gerichtsmitgliedern noch im Gedächtnisse sei, letztere auch vielleicht nicht mehr die früheren waren.

a) Vergl. S. 29 der Einleitung.

interlocuts nicht mehr vorgetragen werden[a]), die Parteien müssen im ersten Verfahren auch jetzt noch ihre Vorträge derartig einrichten, daß der Richter nicht darüber im Dunkel bleibt, ob die Behauptungen[b]) einen realen Boden haben, denn nur so können überflüssige Beweise vermieden werden, was Niemand besser eingesehen haben dürfte, als der Verfasser jenes voti, von dem wir

---

a) Damit ist nicht zu verwechseln die Frage, ob und wieweit solches bis dahin erlaubt sei. S. hierüber Planck l. c. S. 344.

b) Die von den Parteien im ersten Verfahren gehaltenen Vorträge bestehen, abgesehen von rechtlichen Deductionen, Leugnen und Geständnissen, in Behauptungen von Thatsachen oder Rechten.

Erstere sind entweder sinnlich wahrnehmbare oder sie sind idealer Natur. Es ist möglich, daß die Anführung einer Thatsache der ersten Art schon als genügend bezeichnete Einrede, Replik u. s. w. erscheint, während die bloße Behauptung einer idealen Thatsache, z. B. des dolus, der culpa, des Irrthums niemals genügt. Derartige facta müssen vielmehr auf andere, sinnlich wahrnehmbare zurückgeführt werden, in denen sie nach dem regelmäßigen Laufe der Dinge ihren Grund oder ihre Erscheinung haben. (S. Seuffert l. c. Bd. 1. Nr. 338.)

Dasselbe gilt von behaupteten **Rechten**, indem auch hier der Behauptende diejenigen Thatsachen anzuführen hat, aus denen er dasselbe ableitet. (Das Nähere hierüber wird in der Abh. XI. vorgetragen werden.)

Der Grund der Nothwendigkeit der gedachten Reduction idealer Thatsachen und Rechte besteht darin, daß der Richter zur Vermeidung unnützer Beweise von vorn herein in den Stand gesetzt werden soll zu beurtheilen, ob die Parteien bei ihren Behauptungen von richtigen Prämissen ausgegangen sind. Häufig beruhen nämlich Behauptungen idealer Thatsachen und Rechte bloß darauf, daß die behauptende Partei gewissen Thatsachen eine ihnen gar nicht zukommende juristische Bedeutung beigelegt hat, daher auch deren Beweis gar nichts nützen kann. Häufig beruht auf der entgegengesetzten Beurtheilung von Thatsachen der ganze Streit und die Parteien sind von deren Wahrheit an sich überzeugt. Abgesehen hiervon würde die Gegenpartei auch gar nicht im Stande sein, sich über die behauptete ideale Thatsache oder das Recht zu erklären, wenn solche bloß angegeben wären. Indeß darf die Forderung ihrer Zurückführung auf andere Thatsachen nicht auf die Spitze getrieben werden, denn die Bedeutung und das Wesen mancher behaupteter idealer Thatsachen und Rechtsverhältnisse ist auch dem gemeinen Manne so bekannt, daß eine verkehrte juristische Beurtheilung von Thatsachen nicht leicht vorkommen wird.

S. 31 der Einleitung Mittheilung gemacht haben. Der Richter seinerseits muß durch Urtheil den Werth bestimmen, welcher dem ihm vorgelegten Material für den Ausgang des Processes rechtlich zukommt.

Mit dem Beweisurtheil ist das erste Proceßstadium geschlossen[a]); das bloße Dasein dieses Beweisurtheils bewirkt, daß die Parteien keine neuen Klaggründe, Einreden, Repliken u. s. w. vortragen dürfen. Hier nun gehen die Ansichten der Juristen aus einander. Nach der historisch begründeten neuesten Meinung bezieht sich das Gesagte nicht bloß auf dasjenige, in Ansehung dessen im ersten Stadium des Processes bereits eine Präclusion wegen Ungehorsams erfolgt ist, sondern unser Grundsatz findet auch auf die gehorsame Partei Anwendung, gesetzt auch sie wollte schwören, daß sie nicht Vorgetragenes früher nicht gekannt oder vorzubringen nicht für dienlich erachtet habe; in solchem Falle kann nur die Bitte um eine eigentliche Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, vorausgesetzt, daß ihre Bedingungen vorliegen, helfen.

Die ältere Ansicht nimmt es weniger streng. Dieselbe findet sich deutlich in einem von Seuffert[b]) mitgetheilten Urtheil des OAGerichts zu Lübeck vom 31. Dec. 1853 folgendermaßen ausgesprochen: „Soviel das gemeine Recht betrifft, hat ein neuerer Schriftsteller die Ansicht aufgestellt, daß das rechtskräftige Beweisurtheil schon durch sein bloßes Dasein jede Vermehrung oder Ver-

---

a) Nicht schon mit dem Actenschlusse, denn er hat sich zu einer festen, einschneidenden Bedeutung nicht erheben können, kann vom Richter auf Antrag oder ex officio wieder aufgehoben werden, und ist zu einer bloßen Förmlichkeit herabgesunken, oder kommt auch wohl gar nicht mehr vor.

Die Praxis erkannte die Unmöglichkeit der Abänderung oder Vermehrung des Materials bei vorliegendem Beweisurtheile schon frühe an. Wernher I. obs 141. Martini comment. V. 4. Nr. 36. Vergl. Höpfner, Beitr. z. Praxis Bd. 1. S. 54 ff.

b) Archiv Bd. 8. Nr. 104.

änderung des thatsächlichen Stoffs erst später entstandener oder erfahrener Einreden formell ausschließe (Planck, die Lehre v. Beweisurtheil S. 342—3, 346.). Indessen folgt aus der Bedeutung des Beweisurtheils, insofern es das zur Beibringung des thatsächlichen Stoffs bestimmte Verfahren abschließt, keineswegs eine weitere präclusivische Wirkung als die, welche schon den diesem Urtheile vorangegangenen peremtorischen Terminen beiwohnt. Ebensowenig läßt sie sich in dem Falle hinzugefügter eventueller Definitive aus dem Inhalte desselben als eines bedingten Erkenntnisses ableiten, da es auch hiernach nur geeignet erscheint, Rechtskraft zu bilden über die rechtlichen Folgen des im ersten Verfahren wirklich beigebrachten Stoffs, nicht aber über deren Unabänderlichkeit selbst bei hinzutretendem neuen Stoffe.

Auch darf wohl behauptet werden, daß diese Ansicht Planck's zur Zeit noch eine ganz singuläre ist, indem nicht bloß alle Processualisten bei der Lehre von den Einreden die neu entstandenen und erfahrenen, unter Bezugnahme auf die Bestimmungen des canonischen Rechts und der Reichsgesetze, ganz allgemein, ohne alle Einschränkung von der Präclusion ausnehmen (Grolmann, Theorie §. 172., Martin, Lehrbuch §. 97, 170., Linde, Lehrbuch §. 203 a. E., Bayer (ed. 7.) S. 362., Heffter, System §. 362.), sondern keiner von ihnen in der Lehre vom Beweisurtheile diesem die von Planck vindicirte Wirkung beilegt, während ältere Processualisten und Praktiker es sogar ausdrücklich bemerken, daß neu entstandene und entdeckte Einreden noch in der Beweisinstanz geltend gemacht werden dürfen. Wernher, observ. for. P. I. obs. 247; Brunnemann, proc. civ. c. 16. Nr. 9; Seyfart, Reichsproc. C. 8. §. 6."

Wir sind der Meinung, daß Planck's Ansicht auch gegenwärtig noch nicht als eine unbestrittene anzusehen sei, obschon sich nicht verkennen läßt, daß sie rechtshistorisch begründet ist und seine

Gegner sich auf fremdes Recht und Reichsgesetze stützen, welche die Trennung der Periode des Beweisens und Behauptens und den Abschluß der letztern durch Urtheil nicht gekannt, resp. sich von der deutschen Sitte entfernt haben, ohne daß letztere ganz untergegangen wäre, wie denn die Reaction des deutschen Rechts gegenüber dem fremden auch noch jetzt nicht aufgehört hat. Dieses ergiebt außer vielem Andern die Beurtheilung der Natur des Appellationsverfahrens, von dem Planck auch erkennt, wie man bei der Allgemeinheit der in den römischen Quellen und den Reichsgesetzen sich findenden Ausdrucksweise zu dem Schlusse kommen könnte, daß solche Behauptungen, welche seiner Ansicht nach als durch das Beweisurtheil ausgeschlossen zu erachten, noch mit dem beneficium nondum deducta etc. bei Gelegenheit der Appellation gegen das Endurtheil [a]) nachgetragen werden dürften. Dieser Idee wird man allerdings huldigen, wenn man mit den ältern Juristen in dem Appellationsrechte die Befugniß einer Erneuerung des judicii erblickt. Indeß so lax wie ehedem ist man doch h. z. T. in dieser Beziehung nicht mehr. Da das Appellationsrecht nur in der Befugniß besteht, eine Entscheidung darüber zu verlangen, ob das frühere Urtheil sich aus dem damals vorliegenden Materiale rechtfertigt, so ist das gedachte beneficium immer mehr eingeschränkt und dadurch eine Rückkehr zum deutschen Recht gemacht worden, und es wäre nicht unmöglich, daß man hierunter noch weiter ginge, so daß das gedachte beneficium ganz aufhörte zu existiren. S. hierüber Briegleb, Einl. in die summar. Processe §. 28.

ad 2. Was nun die oben (S. 216) gedachten Thatsachen anlangt, aus denen ein Schluß gezogen werden soll, so brauchen sie

---

a) Nicht gegen das Interlocut selbst, welches, so lange es noch nicht rechtskräftig ist, als noch nicht existirend anzusehen und seine Wirkungen zu äußern noch nicht fähig ist.

regelmäßig erst in der Periode der Beweisführung angeführt zu werden, obwohl es vorkommt und auch erlaubt ist, sie schon im ersten Proceßstadium zur Sprache zu bringen, um, namentlich durch Erlangung von Geständnissen, eine eigene Beweisinstanz abzuschneiden. Da wir hierauf später ausführlich zurückkommen, mag das Gesagte genügen[a]).

§. 4.

Wir knüpfen nun da wieder an, wo wir z. A. des §. 3 abgebrochen haben.

Sobald der Richter mit sich über die für Entscheidung des Processes maßgebenden Rechtssätze[b]) einig ist, hat er zu untersuchen, ob die Parteien dasjenige, was sie nach Inhalt des vorigen Paragraphen zu substantiiren hatten, auf eine genügende thatsächliche Grundlage zurückgeführt haben. Es sind hier folgende Fälle möglich:

1. Wenn es einem Klagevortrage an der factischen Basis gänzlich fehlt, so ist derselbe „angebrachtermaßen" zurückzuweisen, oder wie man bei Einreden zu sagen pflegt, der Vortrag ist „als nicht substantiirt" zu verwerfen.

---

a) Vergl. d. Abh. über Beweislast.

b) Um über die im ersten Verfahren aufgestellten Behauptungen urtheilen zu können, muß der Richter vor allen Dingen den Rechtssatz feststellen, welcher für das durch den Parteivortrag, namentlich die Klage zu seiner Entscheidung verstellte Rechtsverhältniß maßgebend ist. Dabei ist er so wenig von den Parteien abhängig, daß er, auch ohne von ihnen darauf hingewiesen zu sein, ja! selbst wenn er sieht, daß ihre etwaigen Anführungen unzutreffend sind, nichts desto weniger ex officio den der richtigen Rechtstheorie nach Platz greifenden Rechtssatz aufsuchen und bestimmen muß. Es ist zwar nicht unzulässig, daß die Parteien ihn im ersten Verfahren auf das ihrer Ansicht nach maßgebende Princip hinzuleiten versuchen, indeß, was Rechtens ist, muß er doch allein wissen, und kann nur in gewissen Fällen verlangen, von den Parteien darüber aufgeklärt zu werden. Wir erinnern hier an das in der 2. Abhandlung §. 1 u. 2 Vorgetragene.

II. Fehlt es dagegen an einem Versuche der Substantiirung nicht, so ist zu unterscheiden:

1. Wenn derselbe unvollständig ist, d. h. wenn zwar einige, aber nicht alle für eine Behauptung relevanten facta angeführt sind, oder zwar alle facta, die unmittelbar relevant erscheinen, ohne daß indeß diejenigen vorgetragen sind, auf welche letztere, weil sie idealer Natur, hätten zurückgeführt werden müssen[a]), so ist ebenfalls der Vortrag angebrachtermaßen abzuweisen, resp. als nicht substantiirt zu verwerfen[b]).

2. Wenn ob alle vorgetragenen facta offenbar irrelevant sind, so wird eine definitive Verwerfung auszusprechen sein, denn der Richter ist hier vollkommen im Stande, die Sachlage zu übersehen, er kann ermessen, ob die Partei die facta, worauf sich ihre Intention stützt, juristisch richtig beurtheilt hat. Die Sache liegt also hier ganz anders als in den Fällen sub I. und II. 1., wo er noch keineswegs von dem Ungrunde der Intention einer Partei überzeugt war, und es unzulässig erschien, ihre Behauptungen definitiv zurückzuweisen.

3. Sind dagegen alle relevanten Thatsachen vorgebracht, die dem Gesagten nach anzuführen waren, so kann und muß über den Ausgang des Processes in einem die bisherigen Verhandlungen abschließenden Urtheile entschieden werden, welches bei vorhandener Liquidität den Sieg definitiv verkündet, im umgekehrten Falle denselben vom Nachbringen des Beweises bestimmt hervorzuhebender Thatsachen abhängig macht. Das Urtheil der letzteren

---

a) S. ein Beispiel bei Seuffert l. c. B. 1. Nr. 338.

b) Sobald aber der Richter Ursache hat, anzunehmen, daß er im Stande sei, durch erlaubte Anwendung des Fragerechts die Mängel zu heben, darf er dieses Mittel nicht unversucht lassen, und der erkannte Actenschluß kann ihn hieran nicht hindern.

Art ist das Beweisinterlocut, welches also allemal über die Substantiirung und Relevanz der Parteivorträge, wäre es auch nur stillschweigend [a]) mitentscheidet und dieserhalb auf den Namen eines Urtheils gerechten Anspruch hat [b]).

Denjenigen Theil des Beweisinterlocuts, welcher die bestimmten Thatsachen hervorhebt, welche eine Partei beweisen soll, nennen wir den Beweissatz. Um aber erschöpfend zu sein, muß das Beweisinterlocut sich auch noch über das gegenseitige Verhältniß der im ersten Verfahren vorgekommenen Parteibehauptungen erklären. Dieses geschieht durch Festsetzung der Reihenfolge der Beweise. Indem der Richter ausspricht, wer mit Beweis zuerst hervortreten soll, danach aber von dem Andern Beweis verlangt u. s. w., hat er zugleich erklärt, daß letzterer nur unter der Voraussetzung der Erbringung des vorhergehenden erforderlich werde, und das, was durch den ersten klargestellt ist, neben dem, was durch den zweiten zur Gewißheit erhoben ward, seinen rechtlichen Einfluß auf die Entscheidung des Processes verliere. Auch in der also gegebenen Entscheidung des Werths einer Behauptung im Verhältnisse einer Gegenbehauptung giebt sich der Charakter des Beweisinterlocuts als eines Urtheils zu erkennen.

---

a) Dieses darf aus dem Grunde behauptet werden, weil es, wie wir gesehen haben, in dem Falle zu Beweisauflagen gar nicht kommt, wo es an der Substantiirung oder Relevanz fehlt.

b) Außer den im Texte aufgezählten Fällen ist auch noch derjenige denkbar, wo mehr relevante facta angeführt sind, als nothwendig waren. Indeß hier liegt die Sache ganz wie sub II. 3., nur mit dem Unterschiede, daß, falls diese Thatsachen noch nicht liquid sind, alternativ Beweis aufzuerlegen sein wird, da es der Partei unbenommen ist, die Richtigkeit ihrer Intention auf mehr als einem Wege zu zeigen, z. B. sie hätte zur Begründung ihres behaupteten Eigenthums sich auf Tradition und Verjährungshandlungen berufen.

§. 5.

Aus allem bisher Gesagten dürfte nun zur Genüge zu entnehmen sein, daß das zeitig nicht angefochtene Beweisinterlocut die unabänderliche Richtschnur rücksichtlich des entschiedenen Materials für die Zukunft bildet. Manche Juristen, die dieses vollkommen zugeben, haben es doch aus andern Gründen herleiten wollen, und wir wollen dieserhalb die hauptsächlichsten davon anführen:

Einige haben sich damit begnügt zu sagen, das Beweisinterlocut werde unabänderlich, weil es appellabel sei. Daß man hiermit nichts beweisen kann, ergiebt die Betrachtung, daß Appellation auch gegen solche Bescheide Statt findet, die in der Sache selbst gar nichts entscheiden, und demungeachtet die Rechtskraft nicht beschreiten. Ein Beispiel liefert der Fall, da der Richter eine Klage verwirft, ohne sie dem Beklagten mitgetheilt zu haben[a]).

Andere haben mit eben so wenig Erfolg die Unabänderlichkeit des Beweisinterlocuts daraus, daß das Endurtheil dadurch bedingt werde, herleiten wollen[b]). Denn des Richters Ausspruch, daß er unter der Bedingung des Beweises gewisser facta, von deren Dasein das Recht einer Partei abhänge, für eine Partei entscheiden wolle, könnte immerhin als die Erklärung seiner bloßen

---

a) S. Archiv f. civil. Praxis Bd. 30 S. 122 vergl. mit 127.

b) Das ist nicht dasselbe, als wenn man sagt, das Beweisinterlocut sei ein bedingtes End-**Urtheil**. So haben wir es früher (z. B. S. 34. 112) mehrfach selbst bezeichnet. Weil es über den Werth der Parteienvorträge bereits *entscheidet*, ist es ein Urtheil, und weil es ein *Urtheil* ist, geht es in Rechtskraft über. Dieses nur haben wir in not. b. S. 34 und not. b. S. 112 andeuten wollen, die weitere Ausführung konnten wir daselbst noch nicht liefern.

Ansicht aufgefaßt werden, die den Verfasser des Endurtheils nicht binden würde[a]).

Ferner hat man die Unabänderlichkeit der Beweisinterlocute aus einem Verzichte oder Vertrage der Parteien, den man in der Unterlassung der Appellation finden wollte, zu deduciren versucht[b]). Aus dem Versäumniß der Appellation einen Verzicht folgern, heißt indeß mittelst einer petitio principii voraussetzen, daß das Beweisinterlocut, dessen Rechtskraft erst nachgewiesen werden soll, nur durch ein Rechtsmittel wieder aufgehoben werden könne. Wenn man andererseits in der Beweisantretung das Anerkenntniß des Producenten, sowie des Producten Zustimmung darin finden will, daß sich derselbe durch Gegenhandlungen und Erklärungen an der Beweisführung des Producenten betheiligt, so übersieht man, daß das Benehmen beider Parteien eine ganz andere Erklärung zuläßt, welcher keine solche, woraus einem Theile ein Nachtheil erwachsen kann, vorgezogen werden darf. Dergleichen Parteihandlungen können ihren Grund darin haben, daß der handelnde Theil eine Appellation einstweilen vermeiden will, ohne sich auf den unerwarteten Fall des Mißlingens resp. Gelingens der Beweisführung beweisfällig erklären zu wollen. Letzteres könnte doch nur angenommen werden, wenn die Partei gewußt hätte, daß aus Nichtführung resp. Führung des Beweises nothwendig der Verlust der Sache folge, und diese Wissenschaft würde voraussetzen, daß die Rechte wirklich ein solches Präjudiz drohen.

Endlich mag noch einer Mittelmeinung Erwähnung geschehen, welche die Unabänderlichkeit der Beweisinterlocute nur für

---

a) Heffter, Institutionen des Civilprocesses S. 374.

b) Vergl. Gensler im Archiv Bd. 1. S. 366. Götz daselbst Bd. 6. S. 165. Etwas Anderes ist es, wenn man zur Beseitigung der S. 111 sub 2 und 3 aufgestellten Bedenken auf die Versäumung der Appellation Bezug nimmt.

den Fall, daß darin das Endurtheil mit angedeutet ist, annimmt, indem dann ein bedingtes Endurtheil vorliege, ein bedingtes Urtheil aber der Rechtskraft nach gesetzlicher Bestimmung fähig sei. (L. 155. D. 49. 5.) Im andern Falle liege bloß eine proceßleitende Verfügung vor[a]). Hiergegen ist zu erinnern, daß vom Standpunkte des deutschen Processes aus das Beweisinterlocut dafür nicht gelten kann, weil über den Werth des Materials des ersten Proceßabschnitts stets nach Beendigung des letztern entschieden werden soll, und die Beifügung des Endurtheils nur Sache der Form[b]) ist.

Eben so wenig kann es für richtig gehalten werden, wenn man behauptet hat, nur der die Bestimmung der Beweislast, nicht des Beweissatzes enthaltende Theil des Interlocuts werde unabänderlich, weil ein Urtheil, welches Beweis auflegt,

---

a) S. v. Pape im Archiv Bd. 30. S. 133. „Hat derselbe" (nämlich der Richter) „bei Abgabe des Interlocuts bestimmt, welche Wirkung der Beweis habe, und wie er sowohl im Falle der Erbringung desselben, als des Mißlingens erkennen werde, so ist offenbar, daß er bereits über die Rechtsfrage entschieden hat; fehlt es aber an einer solchen Bestimmung, und hat der Richter nur die übliche Formel, es solle demnächst ergehen, was Rechtens, gebraucht, so darf man nicht annehmen, daß bereits eine Entscheidung erfolgt sei, sondern dieselbe ist als vorbehalten zu betrachten. Rechtskraft tritt also nur im ersteren Falle ein, nicht aber im zweiten."

b) Aber diese Form kann durch die Umstände als eine sehr wünschenswerthe indicirt sein, und es ist eine unbegründete Ansicht Heffter's, (l. c. S. 374), daß das Beweisinterlocut eigentlich in dieser Form nicht abgefaßt sein sollte. (Wenigstens verstehen wir ihn so). So oft die Beifügung des Endurtheils ohne zu große Mühe und Weitläuftigkeit geschehen kann, sollte sie nie unterlassen werden, damit die Parteien die Bedeutung des Interlocuts richtig auffassen, was auch von Wichtigkeit für einen andern Richter ist, der später an die Stelle des Verfassers des Interlocuts tritt. Die Hannoversche Proceßordnung §. 219 macht deßhalb dem Richter zur Pflicht, die Wirkung des Beweissatzes auf die endliche Entscheidung stets möglichst bestimmt auszusprechen, widrigenfalls die Parteien binnen 8 Tagen auf eine Ergänzung des „unvollständigen" Urtheils antragen können (§. 361). Vergl. Planck S. 295—297.

ohne zu sagen, was bewiesen werden soll, inhaltsleer wäre[a]). Ein solcher richterlicher Ausspruch verdient nicht den Namen eines Urtheils, sondern kann nur als proceßleitende Verfügung gedacht werden. Man kann also nicht Unabänderlichkeit des Beweissatzes und der Beweislast trennen.

§. 6.

Zweckmäßig, aber nicht nothwendig ist es, im Beweisinterlocute eine Beweisfrist vorzuschreiben. Der diese bestimmende Theil wird nicht rechtskräftig, er entscheidet nichts unter den Parteien Streitiges, ist also rein proceßleitend[b]). Durch die Beifügung der Beweisfrist wird aber das Beweisinterlocut seiner Natur nach nicht verändert, es bleibt ein Urtheil, so gut als ein Endurtheil es bleibt, wenn z. B. eine Frist zur Zahlung oder andere nicht entscheidende Bestimmung darin gesetzt ist.

In Ansehung des Beweissatzes, Beweislast und der Beweisfrist bestehen noch viele Controversen und ebenso ist mancherlei über die zweckmäßige Bestimmung dieser Punkte im Beweisinterlocute zu sagen. Diese Rücksichten machen es wünschenswerth, dem Beweissatz, der Beweislast und Beweisfrist in das Detail eingehende besondere Abhandlungen zu widmen.

---

a) Deßhalb entscheiden diejenigen Beweisinterlocute nicht vollständig, sind keine vollkommene Urtheile, welche bloß aussprechen, Kläger habe den Grund seiner Klage zu beweisen. Vergl. Brakenhöft im Archiv Bd. 28. S. 215 und Planck l. c. S. 321.

b) Daher ist die entgegengesetzte Ansicht Heffter's, daß auch in Ansehung der Beweisfrist Rechtskraft angenommen werden dürfe (§. 371 seines Systems des Civilprocesses), unrichtig.

X.

Vom Beweissatze.

§. 1.

Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß die Worte, in welche der Richter den Beweissatz zu fassen hat, von seinem Ermessen abhängig sind, da bei der unendlichen Mannigfaltigkeit der jedesmaligen Sachlage der Richter am besten wissen muß, wie er sich den Parteien am richtigsten erklären wird, ohne mehr zu sagen, als er darf, und ohne weniger auszusprechen, als erforderlich ist. Mit Nothwendigkeit zu befolgende Rechtsvorschriften kann es in dieser Beziehung also nicht wohl geben, sondern Alles läuft auf die Hinstellung von Zweckmäßigkeits- und Klugheitsregeln hinaus, von denen, wo es sich empfiehlt, abgewichen werden kann und muß.

§. 2.

In der Aufstellung solcher Regeln herrscht aber unter den Processualisten eine ungemeine Disharmonie, deren Grund zumeist darin besteht, daß man die ganze Sache mit einem allgemeinen Satze abthun zu können geglaubt hat. Dieses erkannte bereits Gensler[a]), indem er bemerkt: „So wenig — die Regel einem

a) Archiv Bd. 1 S. 350.

Zweifel unterliegt: „es soll der Richter nur solche Thatsachen in den Beweissatz aufnehmen, deren Wahrheit oder Nichtwahrheit Einfluß auf die rechtliche Ueberzeugung des Richters von dem Dasein oder Nichtdasein des streitigen, von ihm im Gefolge der Beweisführung zu entscheidenden, Rechtsverhältnisses der Parteien haben kann, d. h. nur relevante Thatsachen; so wenig harmonisch ist jedoch bis jetzt die Doctrin und Praxis über den Umfang der in dem Beweisthem ausdrücklich zu erwähnenden Thatsachen. Und man wird auch hierüber so lange uneinig bleiben, als man diesen Umfang unter eine einzige Regel zwängen will. Selbst eine neue Gesetzgebung wird dies nicht vermögen, sondern der Reflexion und Dexterität des wissenschaftlichen Richters vieles überlassen müssen." Gensler tadelt in seltener Uebereinstimmung mit allen übrigen Lehrern des gemeinen deutschen Processes die in Sachsen übliche, von Gönner[a]) als ein „bekannter Schlendrian" bezeichnete Fassung, wonach in allgemeinen Ausdrücken der Beweis der Klage oder Einrede „so viel daran verneint worden" auferlegt wird[b]), hält indeß, jene allgemeine Formel dann für „unschädlich, wenn die zu beweisende Behauptung in klaren kurzen Sätzen nur das wesentliche des thatsächlichen Grundes der Klage, Einrede u. s. w. enthält, und ebenso die Antwort, des Begriffs einer spe-

a) Proceß Bd. 2 S. 303.

b) Daß kein Beweisurtheil eine solche Fassung haben kann, indem darin nicht entschieden wird, was nach der Abh. IX. zu entscheiden ist, springt von selbst in die Augen. Daß sie keine für die richtige Antretung der Beweise genügende Anleitung giebt, ist in der Abh. I. gezeigt; die sächsischen Praktiker wollen dieses zwar nicht recht zugeben, deßhalb ist es doppelt erfreulich, wenn einer ihrer Koryphäen seine Meinung unbeeinflußt von der leidigen Gewohnheit so gerade ausspricht, wie Martin dieses S. 191 des 2. Bandes seiner Vorlesungen gethan hat. Von der in Sachsen herrschenden Sitte den Beweissatz zu normiren sagt er, der eigentliche Zweck der Aufstellung eines Beweissatzes könne durch eine derartige Fassung gar nicht erreicht werden, vielmehr sei dieses „in der That gar keine Bestimmung des Beweissatzes."

ciellen Litiscontestation eingedenk[a]), jene Grenzen scharf beobachtet, oder wenn auch nur diese Einlassung jenes wesentliche aus der vielleicht weitschweifigen auch unerhebliche Thatsachen mit enthaltenden Klage u. s. w. herausgehoben und nur diese categorisch beantwortet hat." Dann ist es nach des Autors Ansicht (der sich nach Note * S. 352 eine Vernehmlassungsschrift nach dem Muster, wie es Oelze (Anleitg. z. gerichtl. Praxis) §. 118 gegeben hat, denkt) nicht nothwendig, jene klaren Sätze dem Beweisinterlocute wirklich oder concentrirt einzuverleiben, es kann vielmehr Cautel sein, der von den Parteien geregelten factischen Streitfrage nur bezugsweise zu gedenken, allenfalls mit Verzeichnung der verneinenden Glieder der Antwort. Letzteres würde sogar in dem Falle anwendbar sein, wo die Klage pp. und specielle Einlassung hierauf auch irrelevante, letzten Orts jedoch gesonderte, Thatsachen in sich enthält, z. B. Kläger sei zu beweisen schuldig, was Beklagter im 2., 6. und 7. Gliede der Einlassung an dem factischen Grund der Klage verneint haben.

Im Allgemeinen läßt sich hiergegen nichts einwenden, nur reicht man mit dem Gesagten nicht weit genug, zu geschweigen, daß selten die Parteischriften so, wie sie Gensler sich wünscht, verfaßt sind. Was derselbe nun noch ferner zur Ausführung seiner Ansicht vorgetragen hat, ist theilweise nicht richtig, gewährt jedenfalls keine klare Uebersicht und kann als Muster einer Anleitung zur Fassung des Beweissatzes nicht empfohlen werden, obwohl Gensler auf dem Wege war, das Richtige zu finden. Auch ist es unter den Processualisten, die zu seiner oder doch nicht lange vor seiner Zeit lebten, und vielleicht noch jetzt gar nicht so zweifellos, daß nur Thatsachen in den Beweissatz aufzunehmen sind, auf

---

a) Archiv Bd. 1. S. 16. Note.

die Spitze getrieben, wäre dieser Satz geradezu unrichtig. Gensler selbst erkennt dieses wenigstens indirect in seinen spätern Erörterungen an.

§. 3.

Am weitesten weicht von Tevenar von der Ansicht ab, welche in den Beweissatz nur facta aufgenommen sehen will. Wenn man seine Ansicht von der Natur des Beweisinterlocuts liest[a]), kann man sich freilich darüber nicht gerade sehr verwundern. Er führt im 4. Abschn. Abth. 1. c. 2. seiner Monographie über Beweisführung an, das Beweisthema könne:

I. „allgemein und unbestimmt gefaßt werden, daß der Grund der Klage und der Einwendungen, auch was davon geleugnet worden, erwiesen werden solle";

II. „auf die Verbindlichkeit, auf die einseitige Handlung oder den Vertrag, worauf sich das behauptete Recht oder die Freiheit gründet, oder auf das Sachenrecht gerichtet, und dem Beweisführer die Wahl und die Freiheit überlassen werden, Begebenheiten und facta näher anzuzeigen, woraus die Wirklichkeit und die Verbindlichkeit der einseitigen Handlung, des Vertrags oder Sachenrechts Folgen soll, und diese facta durch den Beweis außer Zweifel zu stellen"; oder

---

a) Theorie der Beweise im Civilprocesse, S. 56 der Ausg. v. 1805 (1. Abschnitt 3. Cap.) heißt es: „Ein Richter muß bei dem Definitiverkenntniß nicht zu strenge an den Worten des Erkenntnisses auf Beweis kleben: da die Bestimmung der Beweissätze nur die Absicht hat, den Ausschweifungen vorzubeugen und eine Anleitung zur Beweisführung zu geben. Weßhalb, wenn die Irrelevanz oder Ueberflüssigkeit des ganzen Beweises oder einiger Umstände, worauf der Beweis mit gerichtet worden, sich erst nach der Beweisführung ergeben, diese Umstände keine Wirkung auf das Definitiverkenntniß haben können; da sonst Mancher fato processus um sein Recht kommen würde." (!)

III. „die Gründe, einzelne facta oder Begebenheiten zum Beweise gestellt werden, woraus einzeln oder zusammengenommen die Verbindlichkeit, das persönliche oder Sachenrecht, oder eine Freiheit folgen soll.“ [a])

Den ersten Weg verwirft v. Tevenar durchaus; der letzte hat seiner Meinung nach zwar den Vortheil, „daß dadurch die Beweisführung simplificirt, und auf etwas bestimmtes eingeschränkt auch das künftige Definitiverkenntniß erleichtert wird, imgleichen, daß hiernächst wegen des streitig gewesenen persönlichen oder Sachenrechts aus andern Gründen von Neuem geklagt werden kann [b]).

---

a) Wenn wir hier und im weitern Verlaufe dieser Abhandlung aus den citirten Schriftstellern so detaillirte Auszüge uns erlauben, so geschieht dieses in der Absicht, dem Leser recht deutlich vorzuführen, worin die Differenz in den Ansichten besteht, und solches dürfte um deßwegen geboten sein, weil alle Processualisten meistens nur entfernt auf abweichende Ansichten hindeuten, oder wohl gar alles so durch einander werfen, daß man zu dem Irrthum verleitet wird, die citirten Autoren stimmten mit einander wenigstens der Hauptsache nach überein.

b) Diese Anschauung ist eine verkehrte. Denn

1. Soviel die persönliche Klage anlangt, so kann die darin behauptete Berechtigung resp. Verbindlichkeit nach dem Satze: „quot causae, tot obligationes“ immer nur einen Entstehungsgrund haben, und es würde eine ganz andere Klage sein, wenn man eine ähnliche Obligation aus einem andern Verpflichtungsgrunde herleiten wollte. (Martin Vorl. Bd. 2 S. 123 Wetzell §. 16 z. A.)

2. In Ansehung dinglicher Klagen genügt es aber nicht, daß der Kläger im ersten Verfahren allgemein die Behauptung des ihm zustehenden dinglichen Rechts vorträgt, er muß auch die facta angeben, durch welche sein Recht begründet wird. Alles in der Abh. IX. über die factische Begründung der Behauptungen einer Partei Gesagte trifft auch hier vollkommen zu. „Die Berufung auf römische und canonische Stellen“, bemerkt Planck l. c. S. 259, „nützt dagegen nichts, da wir es hier mit einer deutschen Proceßeinrichtung zu thun haben, welche durch das fremde Recht nicht hat verdrängt werden können. Aber der wahre Grund derselben liegt nicht darin, weil sonst der Gegner sich nicht speciell einlassen kann, vielmehr ist die Nothwendigkeit einer speciellen Einlassung erst auf dieselbe Grundlage zurückzuführen, woraus auch die obige Forderung an den Kläger herfließt“ u. s. w.

Dahingegen bestehen die Unbequemlichkeiten hauptsächlich darin, daß die Parteien sich selten bei dergleichen detaillirtem Erkenntniß beruhigen, sondern Rechtsmittel einwenden und darüber in der Appellations- auch Revisionsinstanz erkennen lassen; auch vielfältig Einschränkungen, Erweiterungen und Zusätze zu dem vorigen Erkenntnisse in den folgenden Instanzen erhalten; und dadurch den Proceß weitläuftig und kostbar machen."

Nach Erwägung dieser Punkte kommt dann der Autor zu dem Resultate: „die vorzüglichste Methode, den Beweis zu bestimmen, scheint daher der zweite Weg zu sein; wenn der Beweis allein auf die Verbindlichkeit, auf das Personen- oder Sachenrecht, oder den eigentlichen Streitpunkt gerichtet wird. Der Richter kann bei dieser Bestimmung nicht so leicht fehlen, als wenn er den Beweis über verschiedene Gründe, einzelne facta oder Begebenheiten eröffnet. Den Sachwaltern fehlt es in diesem Falle an redlichen Gründen, sich über die Form des Beweises zu beschweren, und sich der Rechtsmittel zu bedienen; da ihnen durch das Erkenntniß die freie Wahl in Ansehung der Gründe, einzelnen Handlungen und Begebenheiten, woraus sie das Recht herleiten wollen, nicht genommen worden."

Dieser Ansicht Tevenar's ist Gönner in Nr. 38, Bd. 2 seines Handbuchs des deutschen gemeinen Processes (Aufl. 2) beigetreten, obgleich er die von Tevenar gegen die entgegenstehende Ansicht vorgebrachten Argumente u.s.w. für unzutreffende erklärt. Er wiederholt die Ansichten Tevenar's in not. * zu §. 233 der von ihm besorgten 4. Ausgabe des Danz'schen Proceßcompendii (1806), theilweise mit den Worten seines Vorgängers, schließt aber mit der Bemerkung, daß, wie auch der letztere schon angedeutet hatte, in einzelnen Fällen „die besonderen Verhältnisse einer Sache eine Ausnahme machen" können.

§. 4.

Im geraden Gegensatze zu den mitgetheilten Grundsätzen spricht sich Claproth aus[a]). Er erwähnt zunächst, daß vom interloquirenden Richter „vollständig vorgeschrieben werden" müsse, „wer und was, auch binnen welcher Frist, bewiesen werden solle", „welcher Beweissatz nach der in den Acten liegenden Streitfrage auf das genaueste zu bestimmen" sei, „weil der Beweis nichts anders ist, als die Bestätigung der bestrittenen Thatumstände." Sodann fährt er fort: „Dieses ist der Grund der uralten Regel, daß aller Beweis aus der Klage und Einlassung bestimmt werden soll. Es ist also nicht genug, den Grund der Klage oder Einrede, und soviel davon verneinet worden, oder etwas bestimmter, das vorgegebene Eigenthum, die vorgegebene Schenkung, zum Beweise aufzulegen, sondern die geleugneten Thatumstände, wodurch das Eigenthum oder die Schenkung begründet werden soll, sind aus den Acten herauszuheben." — Als Anhänger der Meinung, welche Claproth so bestimmt und bündig ausspricht, erscheint auch Grolmann, welcher indeß, wenngleich mit Entschiedenheit gegen Tevenar auftretend, doch mehr in allgemeinen Sätzen sich hält und eben deßhalb weniger deutlich wird.

Als in der Mitte zwischen den gedachten Extremen stehend möchte man Martin ansehen, wenn man sein Lehrbuch (des gemeinen deutschen Processes, Aufl. 12.) liest. Er sagt §. 180: „in Fällen, wo eine bestimmte Art der Begründung des gerichtlich verfolgten Rechtsverhältnisses, oder der zeitig behaupteten Befreiung, in den Parteivorträgen des ersten Verfahrens, wie sich solches gebührt (§. 144 Note d), zum Grunde gelegt oder beantwortet

a) S. dessen bürgerl. Proceß Bd. 2 §. 214.

wurde", sei der Beweissatz „auf alle einzelnen Thatsachen zu richten, welche erhebliche, aber in Ansehung ihrer Wahrheit bezweifelte Bestandtheile der im vorliegenden Rechtsstreite obwaltenden Streitfrage bilden", welche auch „sämmtlich" „wörtlich" aufzuzählen seien. So oft hingegen das streitige Rechtsverhältniß nur an und für sich, ohne Entwickelung seiner im einzelnen Falle behaupteten Begründungsart Gegenstand des ersten Verfahrens gewesen wäre, solches auch für genügend erachtet werden dürfte (was der Fall sein würde, wenn man c. 3 in VI. 2. 14. noch als geltend betrachtete), müßte der Beweissatz nur auf das gültige Vorhandensein des eingeklagten, und, soweit es noch streitig, genau bezeichneten Rechtsverhältnisses oder Befreiungsgrundes **überhaupt genommen** gerichtet werden.

Allein man wird durch die Lectüre der Martin'schen Vorlesungen auf's deutlichste davon überzeugt, daß des Autors Ansicht von der zweckmäßigen Einrichtung eines Beweissatzes mit der Claproth'schen Hand in Hand geht. Im Bande 2 §. 180[a]) stellt Martin zunächst etwa dieselben drei Methoden der Fassung auf, die wir eben aus Tevenar's Werke citirt haben. Die dritte beschreibt er dahin: „es werden — alle diejenigen Thatsachen einzeln hervorgehoben, welche in den Acten behauptet, allein noch rechtlich ungewiß, gleichwohl erforderlich sind, um das behauptete Recht oder die behauptete Befreiung auf natürliche Weise darzuthun, und ist dann im eigentlichen Sinne speciell regulirt." Er spricht sodann geradezu aus, daß diese Art der Einrichtung des Beweissatzes den Vorzug verdiene, und fügt (zur Begründung dieses Ausspruchs) bei, „weil durch dieselbe nicht allein jedem Irr-

---

a) Schon auf S. 120 des 2. Bandes wird diese Ansicht des Autors klar aus den Worten: „Wenn daher in einem Urtheile auf Beweis des Klaggrundes erkannt wird, so bezieht sich das regelmäßig auf die Thatsachen, welche zum Untersatze gehören" pp.

thum und Mißverständnisse von Seiten des Producenten vorgebeugt und eine Mutation der Klage gehindert wird, sondern auch die Partei sich den Inhalt und den Zweck ihrer Vorträge klar entwickeln muß, theils um ihre eigene Beweisführung darnach einzurichten, theils um die ihres Gegners darnach richtig prüfen zu können." Wenn nun aber der Autor nicht verkennt, daß der Beweissatz nur aus den Materialien des ersten Verfahrens und dem dort regulirten Stand der Streitfrage hergenommen werden kann, und wenn ihm ebenso wenig unbekannt ist, wie in den Gerichten nicht überall darauf gehalten wird, daß eine jede Partei ihre Klagen, Einreden u. s. w. auf eine hinreichende factische Grundlage zurückführe, so wird auch, meint er ganz richtig, davon die Fassung des Beweissatzes abhängig sein. Jene Reduction auf Thatsachen sollte zwar seines Erachtens nach deutschem gemeinem Rechte jedesmal geschehen, „und dann wäre der specielle Beweissatz, sowie er direct relevant ist und auf natürliche Weise bewiesen werden kann, jedesmal genügend bezeichnet allein" — heißt es weiter — „häufig wird dies in der Praxis nicht beobachtet und wohl gar rechtskräftig darüber hinausgegangen" Deßhalb müsse bei einer so unbestimmt angeführten Begründung eines Anspruchs der Beweissatz auch nur allgemein vorgeschrieben werden, könne mithin nur das Dasein des behaupteten Rechts betreffen, so daß es der Partei freistehe, alle Thatsachen vorzubringen und zu beweisen, wodurch das von ihr verfolgte Recht als begründet dargestellt werde, sollte auch in den bisherigen Acten davon noch gar nicht die Rede gewesen oder höchstens im Verfolg der Verhandlung eine Begründungsart bloß beispielsweise genannt worden sein, in welchem letztern Falle man ihr sogar nicht würde verbieten können, einen Beweis per aequi pollens zu versuchen. Wäre dagegen die Klage oder Einrede gleich anfangs speciell begründet worden, so würde weder eine derartige Beweisführung noch irgend eine neue bisher

nicht erwähnte Art, den Anspruch zu begründen, zugelassen werden können, ohne eine Aenderung der Klage oder Einrede zu veranlassen, welche in der jetzigen Lage des Rechtsstreits unzulässig sein würde.

Deutlicher und treffender kann man sich wohl nicht ausdrücken, man sieht, daß man es mit einem erfahrenen Praktiker zu thun hat, der die Schwächen der Gerichte kennt. Wir stimmen gleichwohl, so gut und bündig dieses Alles auch von Martin auseinandergesetzt ist, dennoch nicht vollständig mit ihm überein. Bevor wir indeß dazu übergehen, zu zeigen, worin uns das Fehlende in jener Exposition zu liegen scheint, haben wir zuvor noch einige Argumente, die von Martin, Grolmann und Claproth der Partei, auf deren Seite v. Tevenar u. A. stehen, entweder gar nicht entgegengesetzt oder doch nur angedeutet sind, bestimmter hervorzuheben.

§. 5.

Indem wir nun diese Aufgabe erfüllen, bemerken wir zunächst, daß wir über die von Martin aufgestellte Behauptung, daß ein nach den Regeln des deutschen Processes geleitetes Verfahren sich mit genereller Angabe von Rechten u. s. w. nicht begnügen kann, bloß auf das früher dieserhalb, namentlich in der letzten Abhandlung und Note b z. S. 217 Vorgetragene zu verweisen brauchen.

Was hiernächst die Deductionen Tevenar's anlangt, so will er die Vortheile seiner Ansicht über zweckmäßige Formulirung des Beweissatzes sowie die Schattenseiten der von Martin u. A. vorgeschlagenen Methode nachweisen aus Rücksichten, die er auf das Interesse der Parteien sowohl als des Richters nimmt.

1. Er erblickt darin, daß in das thema probandum specielle Thatsachen aufgenommen werden, eine Gefahr der Verschleppung

und vermehrten Kostspieligkeit der Processe, worin er soweit geht zu behaupten, daß, wenn der Beweissatz nach seinem Vorschlage eingerichtet würde, der vierte Theil der Appellations- und Revisionsprocesse wegfallen dürfte. Dabei hat er nun gar nicht bedacht, daß ein bloß auf das behauptete Recht, Rechtsverhältniß, oder — mit Gönner zu reden[a]) — „den eigentlichen Streitpunkt" gestelltes Beweisthema ein viel größeres Feld für Weitläuftigkeiten und Beschwerden[b]) eröffnet. Ist es denn so leicht, was für Aufhellung des Streitpunkts und Klarstellung der Behauptungen in facto relevant ist, herauszufinden? Und wie kann ein nach Tevenar's Ansicht verfaßtes thema probandum den Zweck erreichen, den er nach Ausweis des Citats in not. b S. 231 als den des Beweisinterlocuts selbst hinstellt? „In wie viel Fällen", bemerkt mit Recht Mittermaier[c]) „ist es aber auch in Collegien Gegenstand eines stundenlangen Streits, bis einmal bestimmt wird, welche Thatsachen zu beweisen seien. Wie kann hier den Parteien zugemuthet werden, das was das Gericht so schwer findet, selbst zu suchen, und auf gerathewohl einige Thatsachen zu beweisen"? — „Soll den Parteien die Wahl der Thatsachen, die sie beweisen wollen, überlassen werden, so ist nicht zu leugnen, daß viele irrelevante Beweisführungen entstehen; jede Partei muß befürchten, daß eine Thatsache wichtig werden könne, sie muß lieber das Ueberflüssige beweisen, um nur am Ende nicht Gefahr zu laufen; dadurch entstehen nun Verzögerungen im Processe, und unnöthige Kosten werden den Parteien aufgeladen."

2. Wie Tevenar bei Auseinandersetzung seiner sub 1 gedachten Befürchtungen nur an den unredlichen Sachwalter gedacht hat, der seines Verdienstes halber den Proceß so weit wie möglich

---

a) S. die Note * in Danz's Proceß §. 233.

b) Gensler l. c. S. 355. not. *

c) Der gemeine deutsche bürgerl. Proceß, 2. Beitrag S. 154. 156.

ausspinnt (während nach Mittermaiers Ausführung doch sogar in einer entgegengesetzten Handlungsweise eine Pflichtverletzung liegen kann), so hat er auch einen Richter vor Augen, der, so zu sagen, in der Regel hinter den gerechten Erwartungen, die der Staat und die Parteien an ihn zu stellen berechtigt sind, zurückbleibt. Wie dem nun auch sei, unbestreitbar muß doch jeder Richter sich einmal klar werden über das, was als relevante Thatsache anzusehen ist. Geschieht dieses erst bei Abgabe des Endurtheils, so ist wenigstens die Mühe keine geringere, als wenn schon bei Aufstellung des Beweissatzes darauf genau gesehen wird[a]). Weßhalb soll aber diese Arbeit bis dahin verschoben werden, wo die Partei nichts mehr nachholen kann, denn daß nach Beendigung des Beweisverfahrens der Richter noch wieder auf diejenigen facta interloquiren könne, die seines Erachtens hätten bewiesen werden sollen, worauf aber die beweispflichtige Partei gar nicht gekommen ist, darf man doch wahrlich nicht annehmen. Auch hierüber macht Mittermaier[b]) manche und gesunde Bemerkungen: „Wenn man selbst zugiebt, daß die Beweisregulirung so schwierig ist, warum zieht sich der Richter aus der Schlinge, warum weigert er sich den Streit zu schlichten, warum läßt er die Partei im Nebel herumtappen? Wenn man glaubt, daß der Richter oft Bedenken tragen würde auf Beweis zu erkennen, weil er fürchtet, Nachtheil der Partei zuzufügen, so begreift man nicht, — — wie verächtlich ein Richter sein müßte, der lieber, weil ihm das Urtheil zu schwer wird, das den Beweis reguliren sollte, den gordischen Knoten zerhauen, und durch ein Endurtheil der Partei das Recht rauben wollte, wo er selbst einsieht, daß ihr das Recht gebührte, wenn sie beweisen könnte." — „Es entspricht auch diese Einrichtung gar nicht der

---

a) Martin, Vorl. Bd. 2. S. 190.

b) l. c. S. 156. 158. Daß der Autor dabei nur an gehörig in facto specialisirte Beweissätze gedacht hat, ergiebt der ganze Aufsatz.

Stellung des Richters; da er das Beweisverfahren zu leiten, z. B. Zeugen zu vernehmen hat, so kann es nicht fehlen, daß er bald sich überzeugt, daß die ganze von der sich selbst überlassenen Partei begonnene Beweisführung überflüssig, oder ungenügend ist; läßt er doch die Fortsetzung zu, vernimmt er die überflüssigen Zeugen, so handelt er als eine alberne Maschine, und trägt wissentlich zu einem ungerechten Urtheile bei; macht er aber die Partei auf die Irrelevanz aufmerksam, und verweigert die Beweisaufnahme, so tadelt die Partei es mit Recht, daß er es jetzt erst thue, und nicht lieber durch ein Interlocut vor Zeitverlust und Kostenaufwand sie bewahrt hat." Endlich kommt gegen Tevenar's Ansicht noch ein schwer wiegendes Argument in Anschlag: Wenn der Beweissatz bloß auf die Existenz des Rechts u. s. w. gestellt ist, so wird die Partei leicht verleitet, Dinge einschwärzen zu wollen, mit denen sie nicht mehr zu hören ist, namentlich bei dinglichen Klagen bereits präcludirte thatsächliche Behauptungen in das Beweisverfahren hineinzuziehen; z. B. Kläger hat sein behauptetes Eigenthum im ersten Verfahren auf Tradition basirt, es ist allgemein auf Beweis des Eigenthums erkannt, jetzt führt Kläger bei der Beweisantretung noch andere Erwerbsarten z. B. Verjährung an. Zwar wird der vorsichtige, von einer richtigen Theorie geleitete Richter solche Versuche des Nachtragens verhindern, aber wird sich der Kläger von der Gerechtigkeit einer Zurückweisung seiner Nachträge überzeugen, wird die in Folge dieser Zurückweisung entstehende Verhandlung nicht neue Mühe hervorrufen, Zeit und Geld erfordern?

§. 6.

Nach allem diesem kann wohl der Vorzug, den ein auf specielle facta gestelltes Beweisthema verdient, nicht verkannt werden. Trotzdem darf ein solches nicht ganz uneingeschränkt zur Re-

gel erhoben werden, sondern anstatt zu setzen „der Beweissatz darf nur auf specielle Thatsachen lauten" sagt man richtiger: „der Beweissatz muß möglichst nur auf Thatsachen gerichtet sein."

Es giebt manche Rechte, Rechtsverhältnisse und einen Rechtsbegriff bildende Thatsachen, deren Bedeutung auch dem gemeinen Manne so hinreichend bekannt zu sein pflegt, daß er sich in Ansehung der facta, worauf sie behufs ihrer Constatirung zurückzuführen sein werden, nicht wohl irren wird. So verhält es sich mit einem behaupteten Kaufe, der mala fides u. s. w. Wollte hier der Richter den Beweissatz auf alles stellen, was der Behauptende in facto zur Begründung seines Anführens vortrug, so könnte der Beweissatz höchst weitläuftig und schwerfällig werden. Ein desfallsiges Beispiel findet sich bei Gönner §. 3 Nr. 38 des zweiten Bandes seines Handbuchs des Processes, wozu Gensler einen sehr beachtungswerthen Zusatz auf S. 358 not. † des Archivs für civil. Praxis gemacht hat. Wenn ferner z. B. der Beweissatz so lautete: Kläger habe zu beweisen, daß er dem Beklagten am u.s.w. 100 Thlr. als Darlehn gegeben habe, so würde hier ein Irrthum in Ansehung der zu beweisenden Thatsachen nicht leicht sich ereignen. Hiermit stimmen auch die Neueren so ziemlich überein z. B. Bayer l. c. S. 743. „Läßt sich der Inbegriff des historischen Details durch einen technischen Ausdruck ganz bestimmt bezeichnen, und ist auch nicht zu besorgen, daß durch eine solche Bezeichnung Gelegenheit zur Verrückung des bisher festgehaltenen speciellen Klagegrundes gegeben werden möchte, so ist gegen eine solche Abkürzung nichts einzuwenden." Nach Planck's[a]) Ansicht würde selbst, „wo es sich um weniger allgemein bekannte Rechtsbegriffe handelt", es mitunter besser sein können, sich ihrer zu bedienen, wenn Gefahr vorhanden ist, daß bei der ausdrücklichen Aufzählung der einzelnen

---

a) l. c. S. 276.

dieselben begründenden facta sich zu leicht irrelevante Thatsachen mit einmischen. Wir stimmen dem um so unbedenklicher bei, als ja der richtig den Proceß leitende Richter überhaupt nur dann auf dergleichen interloquirt, wenn er aus dem Vortrage, den die behauptende Partei im ersten Verfahren hielt, ersieht, daß sie wenigstens im Allgemeinen wohl weiß, worauf es bei der Beweisführung ankommen wird.

Wir müssen indeß, um kein Mißverständniß zu veranlassen, darauf aufmerksam machen, daß unsere hier ausgesprochene Meinung sich sehr wohl mit dem durchaus nicht außer Acht zu lassenden Satze verträgt, wonach die Partei mit der bloßen Behauptung von Rechten, Rechtsverhältnissen u. s. w. nicht ausreicht[a]). Diesen Satz stellen die Proceßrechte als eine Rechtsvorschrift auf, wogegen der Grundsatz, daß auf Thatsachen interloquirt werden soll, als solche nicht zu betrachten ist. Er erscheint vielmehr nur als eine Klugheitsregel, und kann deßhalb aus Gründen der Zweckmäßigkeit verlassen werden. Eine Nothwendigkeit, den Beweissatz nur auf facta zu stellen, läßt sich hier nicht behaupten, weil ja der Richter Irrelevantes oder verspätet Vorgetragenes aus der Beweisantretung zurückweisen kann. Dieses ist freilich überall der Fall, da indeß solche Zurückweisung immer Weiterungen und Kosten macht, so haben wir die Forderung der Stellung des Beweisthema auf specielle facta allerdings als Regel hingestellt, die aber nicht beachtet zu werden braucht, wo Gründe für eine Ausnahme schwerer wiegen und sich nach Lage der Sache diejenige Befürchtung gar nicht aufdrängt, die uns jene Regel an die Hand gab.

Noch mehr! Es kann Fälle geben, wo man dadurch, daß man bei Fassung des Beweissatzes sich gar zu genau an die facti-

a) Vergl. Abh. IX. §. 3.

schen Behauptungen einer Partei hält, dieser die Beweisführung auf eine Weise erschwert, wodurch ihr materiell Unrecht zugefügt wird. Hätte z. B. die Partei im ersten Verfahren behauptet, daß ein vom Gegner geleugnetes Gewohnheitsrecht bereits 30 Jahre bestehe, so wäre es unrichtig, den aufzuerlegenden Beweis[a]) gerade auf diese Zeit zu stellen. Denn es kommt, wie in §. 6 der 3. Abhandlung gezeigt wurde, bei Bestimmung der Zeit, während welcher eine Gewohnheit gedauert haben muß, wesentlich auf Qualität und Quantität der zur Constatirung dienenden Uebungsart an, und eben, weil der Richter von diesen erst durch die Beweisresultate überzeugt wird, darf er nicht schon im Interlocute den Nachweis einer bestimmten Zeit fordern.

§. 7.

Es mag hier nochmals darauf hingewiesen werden, daß eine Partei häufig die zunächst relevanten Thatsachen auf entferntere schon im ersten Verfahren zurückführt, ohne dazu gezwungen zu sein. Hierin liegt ein Versuch den Beweis zu anticipiren, indem

---

a) Zur Vervollständigung dessen, was wir über die Zulässigkeit und Nothwendigkeit des Beweises eines Gewohnheitsrechts in der dritten Abhandlung gesagt haben, erlauben wir uns hier noch anzuführen:

1) das römische Recht redet vom probare der consuetudo ausdrücklich z. B. in L. 1 C. 8. 53.

2) das canonische Recht ebenfalls an mehreren Stellen z. B. c. 6 X. 3. 10.

3) Noch viel deutlicher die C. G. O. von 1507 IV. §. 4. „Vnd sollen die außzüg, Replice, Duplice, Triplice, Quadruplice, gesatzt vnd gegründet werden auff die geschicht, vnd nit auff das recht, in artickels weiß. Also sagt die ordenung zu Regenspurg: Item alle Exceptiones. Vnd das die artickel sollent auff die geschicht, vnd nit auff das recht gesatzt werden, wirt bewiesen durch die gloß in c. 2. d. conf. 1. 6. dan den artickel auff das recht gestalt ist man nit schuldig zu antwurten. Pa. in c. ut sepe. de. ap. glo. et. Bar. in l. ornamentorum. ff. de aur. et argen. le. Aber der position, die meldung thüt von einer gewonhait, sol geantwurt vnd bewiesen werden."

die Partei über die entfernteren facta Geständnisse zu erlangen hofft. Solche entferntere Thatsachen dürfen niemals zum Beweise verstellt werden[a]), weil jener Versuch der Partei nicht präjudicirlich werden darf. Häufig stehen derselben noch andere Arten der künstlichen Beweisführung zu Gebote, oder sie kann die Behauptung des facti, welches sie, ohne dazu gezwungen zu sein, in weitere Behauptungen von factis zergliedert hat, direct und zwar vielleicht viel leichter und sicherer klar stellen. Hier darf sie überall, wie es ihr am besten scheint, verfahren, durch Stellung des Beweissatzes auf eine weiter liegende schlüssige Thatsache würde aber ihr diese Befugniß entzogen. Daß dieses auch bei Rechtsvermuthungen begründenden Thatsachen zutrifft, ist schon oben S. 193 gezeigt.

§. 8.

Der Richter muß in den Beweissatz zwar, wie früher ausgeführt, nur relevante, aber auch alle relevanten Thatsachen aufnehmen.

1) Wo daher die Partei ihre Behauptungen im ersten Verfahren auf mehr als eine Art substantiirt hat, müssen mehrere Beweissätze formulirt und in der Fassung des Interlocuts als alternative kenntlich gemacht werden, was am einfachsten durch die Worte: „entweder" mit darauf folgendem „oder" geschehen kann.

2) Manche Sätze würden zu weitschweifig und unbeholfen werden, wenn sie alle relevanten Thatsachen wörtlich aufnähmen, hier ist es gerathener, daß der Beweissatz auf diejenigen Stellen der Acten mit Präcision verweise, wo sich die zu beweisenden facta angegeben finden. Insonderheit kommt dieses da vor, wo es sich um Forderungen handelt, die aus vielen einzelnen Posten bestehen, wie z. B. in einem Processe über einen Hausbau es viel angemes-

---

a) Diese Regel ist keine bloße Klugheitsregel.

sener sein würde zu sagen: „Kläger hat zu beweisen, daß er dem Beklagten die in der Anlage A der Klageschrift S. 1—3 verzeichneten Materialien zum Baue geliefert, weniger nicht die S. 4 und 5 daselbst aufgeführten Arbeiten geleistet, resp. durch die auf S. 5 genannten Personen habe leisten lassen, auch der Beklagte sich verbindlich gemacht habe, die hinter jedem der gedachten Posten berechneten Beträge dafür zu entrichten", als diese einzelnen Lieferungen, Leistungen und Preise alle in dem Beweissatz anzuführen[a]).

§. 9.

Endlich soll auch der interloquirende Richter den Beweissatz nicht überladen, d. h. weder Dinge darin aufnehmen, die zum Gegenbeweise gehören, noch die Beweise weiter ausdehnen, als nothwendig ist. Man kann in Fällen dieser Art nicht gerade immer sagen, es seien irrelevante Dinge zum Beweise verstellt, aber es kann doch vielleicht eine Controverse sich darüber erheben, ob der Producent der Beweislast genügt habe, wenn er ihr nicht bis zu der geforderten Grenze nachkam. Ein Beispiel dieser Art liefert der Fall, da Jemand Anspruch auf ein bestimmtes Quantum erhoben hat, während sein Gegner nicht soviel zugesteht, oder gar nichts eingeräumt hat. Würde hier lediglich das fragliche Quantum zum Beweise ausgesetzt ohne den Beisatz, daß der Beweispflichtige durch Nachweis eines minus wenigstens bis auf dieses mit seiner Forderung durchdringen werde, so könnte doch immer gefragt werden, ob sich dieses von selbst verstehe? Einige haben dieses ganz allgemein bejahet[b]), allein wenn wir auch zugeben

---

a) Gensler l. c. S. 358 führt beispielsweise an: „der Kläger sei zu beweisen pflichtig, daß er auf die Bl. 2 der Act. vorgegebene Weise von dem Beklagten zur Ausstellung der Bl. 6 d. A. ersichtlichen Quittung genöthigt worden sei." Vgl. auch not. a zu Seite 246.

b) Vergl. das Erk. des OAGer. in Lübeck bei Seuffert Bd. 1 Nr. 128.

wollen, daß das Beweisinterlocut einer vernünftigen Interpretation unterliegen muß, die in den meisten Fällen die Zweifel heben kann, so sollte doch die Besorgniß, daß darüber Differenzen entstehen können, zu der von uns gerathenen Vorsicht ermahnen. Man thut namentlich bei Beweissätzen, worin Zahlenangaben sich finden, die ein maximum oder minimum andeuten sollen, und wo es nicht gerade auf Beweis der bestimmten Höhe ankommt, gut, dieses auf die eine oder andere Art anzudeuten, wie z. B. durch die Clausel „oder wie viel weniger (resp. mehr) als" und „oder wie viel weniger, aber mehr als"[a]).

---

a) Schwierigkeiten macht hier der Beweis durch Eidesdelation, wie dies folgender der Praxis entnommener Fall zeigt: In einer Wildschadenssache war der klagenden Gemeinde zu beweisen aufgelegt worden: 1) „daß ihr an den bezeichneten Orten durch Hochwild ein Schaden im Betrage von 92 Thlr. oder wie viel weniger erwachsen sei; 2) daß der Beklagte durch übermäßige Hegung der Rehe in den angeführten Revieren den in dieser Beziehung behaupteten Schaden veranlaßt habe, und wie hoch dieser Schaden anzuschlagen sei." Nachdem Klägerin diese Beweise durch Eidesdelation angetreten hatte, wurden die Eide dahin formulirt, daß Beklagter schwören solle: 1) „daß er eingegangener Erkundigung ungeachtet nicht wisse und auch nicht glaube, daß an den in den Acten bezeichneten Orten durch Hochwild ein Schaden von 92 Thlr. oder wie viel weniger entstanden sei; 2) daß er (der Beklagte) in den fraglichen Revieren Rehe nicht übermäßig gehegt habe, und daß er eingezogenen Erkundigungen nach nicht wisse und nicht glaube, daß durch dieses übermäßige Hegen der Rehe der Klägerin der in den Acten behauptete Wildschaden veranl ßt worden, und dieser Schaden zum Betrag von 30 Thlr. oder wie viel weniger zu veranschlagen sei." Das Ober-Appell.-Gericht zu Celle erkannte auf Beschwerdeführung des Beklagten u. A. „Beide dem Beschwerdeführer deferirten Eide stellen sich, insofern sie nicht bloß auf einen bestimmten Betrag der fraglichen Wildschäden, sondern zugleich auch in den Worten „oder wie viel weniger" auf eine von dem Delaten selbst zu machende Schätzung derselben gerichtet sind, als unzuläßig dar; indem dem Beklagten nicht angesonnen werden mag, den Betrag des Schadens, dessen Ersatz Klägerin verlangt, selbst zu tariren und anzugeben, zumal überall kein Grund zu der Voraussetzung vorhanden ist, daß Beklagter von dem Betrage des Schadens einige Wissenschaft habe, oder daß er sich Kenntniß davon verschaffen könne." Die Eide wurden in Gemäßheit dieser Entscheidung dahin normirt: 1) „daß Beklagter nicht wisse und nicht glaube, daß der durch

Hochwild veranlaßte Schaden sich auf 92 Thlr. belaufe, und daß er über dessen Betrag überall keine Wissenschaft und Ueberzeugung habe, auch nicht im Stande gewesen sei, sich eine solche Wissenschaft oder Ueberzeugung durch Erkundigungen zu verschaffen", 2) „daß Beklagter nicht wisse und nicht glaube, es habe (in den bezeichneten Revieren) eine übermäßige Hegung der Rehe Statt gefunden, und daß er nicht wisse und nicht glaube, der verursachte Schaden belaufe sich auf 30 Thlr., sowie er auch über dessen Betrag überall keine Wissenschaft und Ueberzeugung habe, und nicht im Stande gewesen sei, sich eine solche Wissenschaft oder Ueberzeugung zu verschaffen." (Seuffert Archiv Bd. 1 Nr. 292).

XI.

Von der Beweislast.

§. 1.

Ungemein zahlreich sind die Versuche der Aufstellung eines allgemeinen Princips, nach welchem die Beweislast in vorkommenden Fällen zu bestimmen sein würde. Indeß bei einem auch nur oberflächlichen Studium der diese Materie behandelnden Schriften wird man bald erkennen, daß erst in neuerer Zeit das Richtige nach und nach gefunden worden ist, während die Arbeiten der Aelteren höchst unbefriedigend genannt werden dürfen. Durch Aufdeckung früherer Irrthümer ist es allmälig den spätern Autoren gelungen, bessere Ansichten zu entwickeln, dieses und der Umstand, daß sich immer noch Ueberbleibsel der älteren Unrichtigkeiten finden, daß es selbst nicht an Versuchen fehlt, denselben wieder Geltung zu verschaffen[a]), und Spuren dessen, was Manche bereits verklungen wähnten, in Particularrechten selbst neuerer Zeit bemerkbar sind, macht es räthlich, um nicht zu sagen nothwendig[b]), bevor

---

a) Solchen Versuch finden wir in dem Werke des Dr. Theob. Rizy „über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesse", Wien 1841, (S. 8 und 9 der Vorrede); derselbe hat in Heffter's Zusätzen zu Weber, 3. Aufl. S. 224—232 eine vortreffliche Widerlegung neben verdienter Anerkennung des bekundeten wissenschaftlichen Strebens gefunden.

b) S. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 332.

wir dasjenige, was wir selbst für das Richtige halten, vortragen, die Ansichten Anderer wenigstens in der Hauptsache mitzutheilen und einer Kritik zu unterwerfen.

§. 2.

I. Eine gegenwärtig so ziemlich allgemein verworfene Ansicht über die Regulirung der Beweislast geht von dem wörtlich verstandenen, in L. 2 D. 22. 3 enthaltenen Ausspruche des Juristen Paulus: „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat" aus, und will demgemäß den letzteren nie, den ersteren immer mit dem Beweise belasten. Die Anhänger dieser Theorie, welche man wohl als „Princip der Bejahung" bezeichnet hat, gehen wieder nach einer doppelten Richtung aus einander:

1) Manche behaupten geradezu, der Beweis einer Negative sei unmöglich. Diese Meinung verfocht insonderheit Leyser, und stellte zur Begründung derselben in der That seltsame Sätze zusammen[a]), von denen bereits Weber[b]) richtig bemerkte, daß sie in Gerichten schwerlich jemals würden zur Sprache kommen. Es ergiebt sich aber abgesehen hiervon das Unhaltbare der Ansicht Leyser's und seiner Anhänger einfach, wenn man nur erwägt, daß überhaupt der Beweis im bürgerlichen Processe, und folglich auch der einer Negative keine mathematische, sondern nur s. g. juristische Gewißheit liefern soll, daß ferner die Verwandlung einer Negative in eine Affirmative fast regelmäßig nicht schwer sein wird, und der s. g. directe Gegenbeweis wie die Gewissensvertretung meistens auf eine Negative hinausläuft, — wobei es doch ebenso lächerlich wäre, daß die Gerichte ersteren stets vorbehalten, als unerklärlich, daß die Gesetze über letztere specielle Vorschriften er-

a) S. dessen Medit. ad Pand. spec. 255. med. 1.
b) l. c. VI, 10.

theilen, wenn das anzustellende Verfahren doch nicht den erwarteten Erfolg haben könnte, — daß endlich, wie sich später zeigen wird [a]), der Beweis einer Negative von den Gesetzen geradezu gefordert wird.

Nicht einmal soviel darf zugegeben werden, daß dergleichen Beweise immer nur indirect geführt werden können, wie Klötzer [b]) und Andere meinen. Der genannte Jurist nimmt einen indirecten Beweis an, wenn eine die Negative ausschließende Affirmative gesetzt wird [c]), und behauptet dennoch, ein unmittelbar auf das Nichtsein einer Thatsache gerichteter Beweis sei kein directer. Allein wenn z. B. Zeugen deponiren, daß sie den Titius in einem bestimmten Zimmer nicht gesehen haben zu einer bestimmten Zeit und unter Umständen, unter denen sie ihn nothwendig hätten sehen müssen, so wird doch nicht an der Vollständigkeit des Beweises, daß Titius nicht dagewesen, zu zweifeln, andererseits auch kein indirecter Beweis im Sinne Klötzer's anzunehmen sein, denn es ist ja keine die Negative ausschließende Affirmative bezeugt worden. Man schließt nicht etwa aus der Versicherung der Zeugen, zur fraglichen Zeit unter den fraglichen Umständen an jenem Orte gewesen zu sein, darauf, daß Titius nicht zugegen war, sondern das überzeugende Moment ist immer die Negative, daß Titius nicht von den Zeugen bemerkt wurde. Die hierauf bezügliche Versicherung der Zeugen kann nun ebenso wenig einen indirecten Beweis abgeben, als man einen solchen annehmen wird, wenn sie sagen, sie haben den Titius gesehen, und deßhalb auf seine Anwesenheit geschlossen. Wenn es anders richtig ist zu sagen, sinnlich

---

a) Vergl. not. a S. 257.

b) S. dessen „Versuch eines Beitrags zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast“, Jena 1813 Nr. XII.

c) So hat ihn außer uns auch verstanden Vorst, „über Beweislust im Civilprocesse“, Stuttgart 1835. §. 20.

wahrnehmen sei nichts anders, als etwas auf das Zeugniß der Sinne für wahr annehmen, und wenn andererseits dieselben Sinne uns vom Sein und Nichtsein zu überzeugen vermögen, so ist gar kein Grund vorhanden, weßhalb wir denjenigen Beweis einen indirecten nennen sollen, den wir für erbracht halten, weil wir etwas mit unsern Sinnen nicht wahrnehmen, was wir, wäre es vorhanden, bemerken müßten, z. B. daß an einem Leichname keine Verletzungen sind, daß Titius in einem uns vorliegenden Testamente seinen Sohn nicht bedacht hat[a]).

Die Gegner übersehen in ihren Argumentationen immer, daß es sich in Processen um concrete Verhältnisse handelt, welche nach Ort, Zeit u. s. w. beschränkt sind[b]), gerade hierin liegt ein Hauptgrund, weßhalb man an der Möglichkeit des Beweises einer Negative überhaupt zweifeln konnte. Allerdings kann ein solcher Beweis unter Umständen schwer, er kann unmöglich sein, allein ganz dasselbe tritt ja auch in Ansehung zu beweisender Affirmativen ein. Und richtig bemerkt Martin[c]), daß wenigstens der Eid direct als Beweismittel zulässig sein werde, bezüglich der Glaubenseid.

Bestärkt wurde man in der einmal gefaßten irrigen Ansicht durch das Mißverständniß verschiedener Quellenaussprüche, insonderheit der L. 23 C. 4. 19. L. 10 C. 4. 30. c. 11. 12. X. 2. 19. c. 1 in VI. 2. 9. c. 13 X. 1. 6. c. 3 X. 2. 12. c. 5. X. 1. 9., die zwar theilweise den Gegnern das Wort zu reden scheinen, im

---

a) S. auch noch not. c.

b) Vergl. Weber l. c. VI. 10. Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 1 S. 106. Mühlenbruch, Proc. §. 276. Borst l. c. S. 69. „Wenn man den Beweis einer Verneinung ohne alle Beschränkung auf Zeit und Ort verlangt, so ist dieser Beweis freilich ganz unmöglich. — Wer will mit seinem Beweise das Gebiet der Unendlichkeit ausmessen? Die Nothwendigkeit eines solchen Beweises ist aber auch gar nicht denkbar."

c) Vorlesungen über die Theorie des Civilprocesses (Leipzig 1857) Bd. 2. S. 200.

Grunde aber etwas ganz Anderes sagen wollen, wie von Linde und Andern[a]) genügend nachgewiesen sein dürfte.

2. Andere Anhänger der Bejahungstheorie geben zwar die Möglichkeit des Negationsbeweises zu, nicht aber seine Nothwendigkeit, d. h. sie wollen immer nur den Affirmirenden beweisen lassen. Eine Beweisauflage über eine Negative, behaupten sie, würde auf etwas Irrelevantes gehen, da die bloße Negative, das Nichts kein Rechtssubstrat sei[b]), folglich kein Recht davon dependiren könne. Relevant können nur die Thatsachen sein, von denen Ursprung oder Fortdauer eines Rechts möglicherweise bedingt sein könne, Ursprung, Veränderung oder Aufhebung des letzteren entstehen aber nicht aus der Leerheit der Zeit, sondern aus äußern Begebenheiten[c]).

Es ist sonderbar, daß man hierbei einen Hauptpunkt übersehen konnte, der doch so nahe lag[d]). Einestheils läßt sich doch wohl nicht leugnen, daß der auf das Nichtsein einer Thatsache gerichtete Beweis als Gegenbeweis großen Effect machen und dem Gegner des Beweisführers ebenso nützlich werden kann als diesem der Hauptbeweis; der Ausdruck „irrelevant" oder „unnütz" paßt also auf einen derartigen Negationsbeweis nicht. Anderntheils folgt daraus, daß aus nichts nichts werden kann, auch in Ansehung

a) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 1 S. 107. ff. S. 128—142. Collmann, Grundlinien S. 53. Lotz civil. Abhandl. S. 80. Weber l. c. VI. 12., welcher darauf verweiset, daß „negantis nulla est probatio" nicht bedeutet, der Leugnende kann nicht beweisen, sondern er braucht nicht zu beweisen, so gut als „negantis est probatio" heißt, er hat zu beweisen. Vergl. noch Martin l. c. S. 201. „Das Kanonische Recht, welches allerdings in einigen Stellen die Beweisführung von Negativen für unmöglich erklärt, ist ohnehin insoweit als Gesetz nicht zu betrachten, da es nur historische Behauptungen aufstellt" u. s. w. Als solche Stellen nennt der Autor c. 2. caus. 6. qu. 5. c. 23 X. 1. 6. c. 11. X. 2. 19.

b) Klötzer im Archiv Bd. 8 S. 64.

c) Kori l. c. S. 91.

d) Vorst l. c. §. 21. Linde l. c. S. 99.

eines Hauptbeweises die Bedeutungslosigkeit des Nichtseins noch keineswegs[a]). Wer wollte bestreiten, daß das Nichteintreten einer bestimmten Erscheinung zur Bedingung des Entstehens oder der Aufhebung eines entstandenen Rechtsverhältnisses gemacht werden kann[b])? Angenommen, daß der Nichteintritt eines facti nicht als positiv wirkende Ursache der Entstehung eines Rechts oder dessen Aufhebung angesehen werden kann, so kann doch Anfang und Ende in der Weise davon abhangen, daß dasselbe, wäre das factum eingetreten, nicht hätte entstehen oder aufhören können. Kann nun das Nichtsein eines facti oder Zustandes als nothwendige Bedingung zum Grunde eines rechtlichen Anspruchs gehören, einen wesentlichen Bestandtheil desselben ausmachen, so wird es ja eben dadurch auch wesentlicher Theil des Fundaments der zur Geltendmachung jenes Anspruchs vorgetragenen Klage, Einrede u. s. w., und folglich auch Gegenstand des Beweises für den Vortragenden, falls es von dem Gegner in Zweifel gezogen ist. Denn das Sein einer Thatsache oder eines Zustandes ist ebenso möglich als das Nichtsein, der Richter darf, wie wir später zeigen werden, weder dieses noch jenes präsumiren.

Das Bisherige dürfte gezeigt haben, wie wenig der geschilderte Versuch einer Begründung der Bejahungstheorie aus der Natur der Sache, aus s. g. innern Gründen gelungen ist. Da man indeß eine Bestätigung in den Gesetzen zu finden geglaubt hat, so haben wir noch zu erwägen, was hiervon zu halten ist.

Die Schlußworte der L. 23 C. 4. 19[c]) scheinen auf den ersten

---

a) S. Linde S. 99. l. c. „Das Nichtereigniß hört in rechtlicher Beziehung auf als Nichts zu erscheinen, sobald davon ein rechtliches Verhältniß abhängig gemacht worden ist. Das Nichtereigniß wird dadurch die Grundlage eines Rechtsverhältnisses, also juristisch ein Etwas."

b) L. 10 D. 45. 1. S. auch die von Borst l. c. §. 22 angeführten, wenn auch nicht alle treffenden Beispiele.

c) L. 23 cit.: „Actor quod asseverat probare se non posse confi-

Blick der Ansicht unserer Gegner allerdings das Wort zu reden. Allein schon deßhalb verdienen sie wenig Beachtung, weil darin das Princip der Bejahung nicht dispositive ausgesprochen ist. Die Worte „factum negantis nulla probatio“ sind bloß niedergeschrieben, um den Dispositivsatz zu motiviren, daß der Beklagte, wenn sein Gegner selbst sich außer Standes erklärt, die Wahrheit der factischen Grundlage seines Antrags zu beweisen, nicht gehalten sein soll, den Beweis deren Unwahrheit zu übernehmen. Dieses scheint dem Gesetzgeber etwas ganz Natürliches zu sein, wobei nicht zu vergessen, daß er von dem auch im jetzigen Proceßrechte geltenden Grundsatze des römischen Processes ausgeht, wonach der Richter, um dem Kläger das in Anspruch genommene Recht zuerkennen zu können, von der Richtigkeit seines Verlangens überzeugt sein muß, ihm also nicht, wie im altgermanischen Verfahren, auf seine bloßen Angaben hin Glauben schenken darf. Oder sollten die Worte „reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit“ vielleicht so zu verstehen sein, als habe der Gesetzgeber sagen wollen, der Beklagte brauche bei der vom Kläger abgegebenen Erklärung nicht zu zeigen, daß das vom Kläger behauptete Recht nicht bestehe, so konnte auch dieses dem Gesetzgeber von seinem Standpunkte aus sehr natürlich erscheinen. Das Recht des Klägers ist etwas Unsichtbares, welches nur durch Schlußfolgerungen aus Thatsachen, als äußern Merkmalen, erkannt wird, so lange diese also nicht feststehen, fehlen dem Richter alle Momente für seine Ueberzeugung. Wollte nun derselbe, falls Kläger selbst sagt, er könne dergleichen Thatsachen nicht vorlegen, den Beklagten anhalten, facta klar zu stellen, die den Schluß auf das Nichtsein des klägerischen Rechts ergeben, so führte dieses offenbar nicht zum Ziele. Denn wenn Beklagter wirklich solche Thatsachen vorlegt,

---

tendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.“

so würden diese den Richter ja nur bewegen, den bestehenden Zustand nicht zu ändern, (während darauf, daß dies geschehe, eben des Klägers Antrag geht) und im umgekehrten Falle wären noch immer keine Momente für die richterliche Ueberzeugung gewonnen, daß des Klägers Antrag ein gerechter sei. — Dasselbe würde aber auch der Fall sein, wenn man den Beweis des Gegentheils der factischen Grundlage der Klage verlangte.

Wenn so etwa der Gedankengang des Gesetzgebers wirklich war, so wollen wir ihn wegen des Schlusses der L. cit. nicht gerade tadeln, wogegen er, wenn er durch denselben den aufgestellten Dispositivsatz als einen Ausfluß der s. g. ratio naturalis[a]) hätte bezeichnen wollen, etwas Unhaltbares vorgebracht hätte. Denn man braucht sich nur auf den Standpunkt des altgermanischen Rechts zu stellen, um zu dem Gegentheile des Satzes, der den Kläger zunächst mit dem Beweise belastet, zu kommen[b]). Und doch wird Niemand den gedachten Satz des altdeutschen Processes als einen gegen die ratio naturalis streitenden, folglich unausführbaren ansehen wollen.

Wie dem übrigens sei, die Schlußworte in L. 23 cit. können gar nichts entscheiden, trotzdem, daß in L. 10 C. 4. 30[c]) ähnliche vorkommen. Denn auch letztere sind lediglich zur Begründung eines

---

a) D. h. das über dem Rechtsgesetze, als einem Produkte menschlichen Willens („der Satzung") stehenden Naturgesetzes, dessen Forderung auch das positive Recht anerkennen muß §. 11 J. 1. 2. §. 2 J. 2. 4.

b) S. die Abhandlung I, §. 5.

c) L. 10 cit.: „Asseveratio debitum solutum contendentis temporis diuturnitate non excluditur; nec huic obloquitur, quod exceptio non numeratae pecuniae certa die non delata querela prius evanescat, quum inter eum, qui factum asseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem, cujus naturali ratione probatio nulla est, et ob hoc ad petitorem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia. Auf diese Stelle können wir hier noch nicht näher hineingehen, da wir die Frage, wann der Einwand des nicht gezahlten Geldes als exceptio oder negative Litiscontestation anzusehen war, erst im Urkundenbeweise abzuhandeln haben.

andern Satzes angeführt, der freilich nicht eben passend dadurch motivirt sein dürfte. Wir legen auf letzteres aber gar kein Gewicht, und bemerken nur, (was auch in Ansehung der L. 23 cit. gilt, falls man das zur Rechtfertigung des Gesetzgebers Gesagte nicht billigen würde) daß die Versuche der römischen Juristen, an sich treffende Aussprüche mit Gründen zu belegen, bekanntlich oft sehr viel zu wünschen übrig lassen. Sie gestehen diese Schwäche auch selbst zu[a]) und wir könnten unsere Behauptung mit vielen Citaten belegen[b]).

Endlich stützen sich unsere Gegner noch auf L. 2 D. 22. 3.[c]) und zwar ganz besonders, weil diese Stelle ex professo von der Beweislast handelt und ganz allgemein spricht. Indeß ihr Sinn ist kein anderer als der bei Erörterung der L. 23 C. cit. hervorgehobene: wer die factischen Behauptungen seines Gegners leugnet, kann deren Beweis von diesem erwarten[d]). Damit ist noch nicht gesagt, daß eine Negative niemals bewiesen zu werden braucht, auch nicht, daß alle Affirmativen bewiesen werden müssen[e]). Und was hätte man denn mit einem Princip, wie es die Gegner hier ausgesprochen wähnen, gewonnen, da es unleugbar ist, daß sich die meisten Negativen positiv ausdrücken lassen, und umgekehrt[f]).

---

a) Vergl. L. 20. 21 D. 1. 3.

b) z. B. L. 1 D. 13. 5, wo der Grund „quoniam grave est fidem fallere" zu viel beweiset; (vergl. Fuchs im Archiv Bd. 42 S. 173); L. 4 D. 11. 6 (vergl. dazu Glück l. c. Bd. XI., S. 383.); L. 36 D. 46. 3., wo der Möglichkeit einer Niederkunft mit 5 Kindern, abgesehen davon, daß gezweifelt ist, ob Aristoteles diese wirklich angegeben, (s. die Stelle bei Gothofredus) ein Grund unterlegt ist, der von einer sonderbaren anatomischen Anschauung zeugt, ferner nov. 52, c. 2.

c) „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat."

d) Vergl. Wetzell, Civilproceß §. 15, not. 10. — Martin, Vorlesungen über die Theorie des Processes (Leipzig 1857) Bd. 2 S. 201.

e) Wir kommen hierauf später zurück. (S. §. 21.)

f) Wetzell l. c. §. 16 not. 11. Und wer negirt denn, wenn der Eine Minderjährigkeit, der Andere Großjährigkeit, der Eine die schwarze, der Andere die blaue Farbe behauptet?

Hiernächst stellen wir den Gegnern aber noch ein gewichtiges Argument entgegen, welches auch für die beiden vorhin besprochenen Coderstellen von Bedeutung ist. Wollte man nämlich annehmen, die Gesetze hätten gesagt, Negativen brauchten nicht bewiesen zu werden, so bliebe unerklärlich, wie in einer Reihe anderer Gesetze[a]) geradezu Beweise von Negationen gefordert sein können. Freilich bestreiten dieses die Gegner, ihrer Ansicht nach sind hier bald Beweise von Affirmativen verlangt (z. B. §. 12 J. Beweis des alibi, der doch nur beispielsweise vorkommt, L. 15. D. Beweis der eigentlichen Vaterschaft), bald sollen Gegenbeweise wider bereits vorliegende Thatsachen oder Präsumtionen gefordert sein.

Was letztere anlangt, so sind dieselben von den Gegnern ganz willkürlich angenommen, weil sie das Kriterium einer Präsumtion übersehen haben. (Vergl. Abh. VIII. §. 4.)

In Ansehung der behaupteten Affirmativen dürfen wir mehr nicht zugestehen, als daß durch deren Nachweis allerdings die in den citirten Gesetzen geforderten Negationsbeweise mittelst Schlußfolgerungen sich mögen führen lassen, dabei bleibt aber das, was die Gesetze bewiesen wissen wollen, doch eine Negative[b]).

Rücksichtlich der behaupteten Gegenbeweise muß vor allen Dingen feststehen, was man unter einem Gegenbeweise verstehen will, und darüber sind bekanntlich die Gelehrten noch durchaus nicht einig. Die Neueren schließen großentheils den s. g. indirec-

---

a) §. 12 J. 3. 19. L. 11 C. 4. 19. L. 5 §. 1. L. 15. L. 19 §. 2 D. 22 3. L. 31 §. ult. D. 34. 4. L. 3 §. 4 D. 37. 10. L. 1 C. 10. 3.

b) Vergl. Linde l. c. S. 125 „daß man bei einer Negative gewöhnlich künstlichen Beweis versucht, ist nicht einmal etwas Eigenthümliches. Denn diese Beweisführung kommt ebenso häufig bei affirmativen Beweissätzen vor, ohne daß man deßhalb die affirmative Beschaffenheit solcher Beweissätze jemals geleugnet hätte. Und doch würde dieses keine unrichtigere Folgerung sein als die jenseitige bei der Negative."

ten vom Gegenbeweise ganz aus, das Argument der Gegner würde also auf diejenigen Fälle schon nicht passen, in denen es sich um jene species reprobationis handeln möchte. Es paßt ferner nicht, wenn man mit Gönner und seinen Anhängern jeden Beweis, mit dem Jemand zuerst auftritt, einen Hauptbeweis nennen will, denn dann wäre ja der in jenen Gesetzen geforderte Beweis als der zuerst zu führende kein Gegenbeweis.

Die abseiten der Gegner endlich auch noch versuchte Berufung auf die deutsche Praxis ist sicherlich am wenigsten geeignet ihnen den Sieg zu verschaffen. Wie mag man überhaupt von einer constanten Praxis reden, wo Controversen, wie nachweislich in unserm Falle, von den Theoretikern oft so und wieder umgekehrt entschieden sind! Ganz und gar unbeeinflußt durch die Theorie bleibt doch die Praxis wahrlich nicht. Wir wollen nur daran erinnern, daß Reinhard[a]) und Fitting[b]) die Theorie der Bejahung für aufgegeben ansehen, während Männer wie Kori ihren Anhang bis auf diesen Tag wenigstens noch nicht ganz verloren haben. Letzterer berichtet, es halte an seinem Principe ein großer Theil der Praktiker in Sachsen fest. Dieses ist nicht einmal ganz richtig, und wäre es der Fall, folgt daraus, daß es außerhalb Sachsens ebenso ist? Wer die Praxis für sich anführt, muß sie nachweisen, sonst weiß man nicht mehr, als daß sie höchstens in dem Kreise existiren mag, dem er selbst unmittelbar angehört. Daß die sächsische Praxis so wenig als die der übrigen deutschen Länder der Bejahungstheorie auf constante Weise huldigt, beweisen die zahlreichen von Seuffert (z. B. Bd. 1 Nr. 17, Bd. 2 Nr. 142, Bd. 8 Nr. 311) mitgetheilten Fälle[c]).

---

a) S. dessen ordentl. Proceß I. §. 156 not. 1.

b) l. c. S. 75. not. 7.

c) Eine andere Frage ist, ob in diesen Entscheidungen sich überall eine richtige Begründung findet. Diese wollen wir keineswegs bejahet haben.

§. 3.

II. Eine zweite mit der bisher besprochenen scheinbar zusammenfallende Theorie geht von dem Satze aus, daß allemal, wenn zwei Parteien sich widerstreitende Behauptungen in Processen aufstellen, für die eine derselben eine größere Wahrscheinlichkeit streite, und deßhalb nicht diese, sondern die andere zu beweisen sei[a]). Diese Ansicht hat man daher auch wohl „die Präsumtionstheorie" genannt. Sie ist völlig unhaltbar, denn der ihr inwohnende Grundgedanke läßt sich weder aus innern noch äußern Gründen rechtfertigen; in der Erfahrung des Geschäftslebens findet er geradezu seine Widerlegung. Wie viele Fälle kommen nicht dem Richter vor, in denen es ihm an Gründen fehlt, an und für sich von der Behauptung des einen Theils sich mehr überzeugt zu halten als von der des andern! Abgesehen einmal hiervon, so befindet man sich auch sehr häufig in Verlegenheit, wenn in concreten Fällen die Frage entsteht, für wessen Behauptung denn mehr Wahrscheinlichkeit vorliege. Hierauf erhält man von den Anhängern dieser Theorie die seltsamsten Antworten, die das Gepräge der Willkürlichkeit an der Stirn tragen, und dadurch entsteht unvermeidlich eine Menge von Bestimmungen, nach denen sich die Be-

---

a) S. Schneider, vollständ. Lehre v. rechtl. Beweise, Giessen 1803, §. 4. „Es giebt Thatsätze, welche keines Beweises bedürfen, weil sie die Wirklichkeit einer solchen Thatsache ausdrücken, welche nach bekannten Naturgesetzen als physisch nothwendig zu betrachten ist. Wo dieses nicht der Fall ist, da steht dem von einem der streitenden Theile behaupteten Thatsatze immer die Möglichkeit des denselben aufhebenden entgegengesetzten Thatsatzes entgegen, und alsdann muß einer von beiden so lange für wahr angenommen werden, als nicht der andere von dem, der ihn behauptet, bewiesen ist. Dieses Fürwahrannehmen heißt in der gerichtlichen Sprache rechtliche Vermuthung. (!) Nur einem von beiden Theilen kann also in Ansehung eines und desselben Thatsatzes, oder dessen der ihm entgegengesetzt ist, die Last der Beweisführung aufliegen, und sie liegt demjenigen auf, der die rechtliche Vermuthung gegen sich hat."

weislast reguliren soll, von denen aber die Gesetze gar nichts wissen, und die überhaupt aller Begründung entbehren[a]). Die Gesetze enthalten wahrlich nur eine geringe Anzahl solcher Fälle, in denen man eine Interimswahrheit mit der Wirkung der Befreiung von der Beweislast annehmen soll[b]), und es wäre doch in der That höchst auffallend, wenn sie jene Fälle so sparsam und genau begrenzt hervorgehoben hätten, und dennoch uns gestatten wollten, dem natürlichen Gefühle folgend neue hinzuzufügen.

Manche, dieses einsehend, wollten ebenso unrichtig in allen Gesetzesstellen, welche irgend Jemandem den Beweis aufbürden, eine Präsumtion für den Gegner als desfallsigen Grund anerkannt finden, während es doch weit natürlicher sein dürfte, anzunehmen, daß es in den gesetzlich entschiedenen Fällen an Gründen fehlte, das für wahr zu halten, worauf sich die für beweispflichtig erklärte Partei stützt, und daß sie es deßhalb nur eben wahr machen soll.

Man suchte daher nach einem allgemeinen Principe, nach welchem concrete Fälle entschieden werden könnten, und aus welchem auch die von einer bestimmten Partei Beweis fordernden Aussprüche der Gesetze geflossen sein sollten. Dieses Princip lautete: es ist zu untersuchen, „ob ein Thatsatz[c]) ein bejahender oder verneinender ist, affirmanti, non neganti incumbit probatio." Dagegen aber verwahrte man sich ausdrücklich, „als ob etwas abhange von dem Formalbegriffe, vermöge dessen ein Satz bejahend

a) Wer das citirte Schneider'sche Werk liefet, wird über die darin entwickelte Willkür staunen. Von vielen Beispielen nur dieses! In §. 323 heißt es: „Wenn an einer unbeweglichen Sache ein Privatdenkmal so angebracht ist, daß es von Jedermann leicht beobachtet werden kann, so ist schon in dem bloßen Dasein desselben die rechtliche Vermuthung für dessen Aechtheit begründet; — ist das Denkmal nicht in die Augen fallend, — so hat der Producent die Aechtheit besonders zu beweisen."

b) Vergl. Abth. I. Abh. VIII. §. 4.

c) Nach Schneider l. c. §. 1. ein „Satz, wodurch die Wirklichkeit einer Thatsache ausgedrückt wird."

oder verneinend ist, je nachdem er das Prädicat mit dem Subject verbindet, oder von demselben trennt, so daß der bejahende Satz ohne Veränderung seines Inhalts sich willkürlich in einen verneinenden verwandeln läßt und umgekehrt, wenn man nur ein anderes Prädicat einschiebt"; auf den Inhalt wollte man vielmehr gesehen wissen, auf das „Realpositive und Realnegative." Man darf also fragen, welches das Realkriterium sei.

Die Antwort lautet: die Entstehung der Rechtsverhältnisse knüpfe sich an thatsächliche Ereignisse, unter welchen man jegliche Veränderung des bisherigen Zustandes zu verstehen habe. Um solche handle es sich bei allen Beweisen, und mit Bezug hierauf dürfe gesagt werden, daß der eine Veränderung ausdrückende Satz ein bejahender, der denselben leugnende ein verneinender sei[a]). Für letzteren streite allemal die Vermuthung, die Fortdauer werde präsumirt, nicht die Veränderung.

Daß letzteres unrichtig ist, davon hätte man doch durch die Erfahrung des täglichen Lebens belehrt sein sollen. Will man indeß einmal zugeben, daß etwas, was entstanden ist, eine, wenn auch noch so geringe Fortdauer nach den Gesetzen der Natur bedinge, so kann man logisch hieraus doch nicht mehr folgern, als daß irgend eine Fortdauer desjenigen, dessen Entstandensein gewiß ist, in der Vergangenheit Statt gefunden habe, keineswegs würde sich ein Schluß auf den der Gegenwart angehörigen Begriff der Fortdauer rechtfertigen[b]).

---

a) Wenn z. B. A zu B sagen würde, du bist mir das erhaltene Darlehen schuldig, B aber entgegnete, ich bin es dir nicht mehr schuldig, würde A nach dem Formalbegriffe bejahen, B verneinen, nach dem Realbegriffe würde es umgekehrt sein, weil A den fortdauernden Zustand, B den durch die Tilgung der Schuld veränderten Zustand behauptet hätte.

b) Daß auch die Gesetze die Präsumtion nicht annehmen, werden wir weiter unten zeigen.

Bei der Unmöglichkeit, dieses wegzuleugnen, führte man nun einen andern Grund der angeblichen Präsumtion der Fortdauer an. Schneider[a]) setzt diesen Grund darin, daß wenn zwar alles in der Natur ewigem Wechsel unterworfen, doch die Wahrscheinlichkeit, daß von den unendlich vielen möglichen Veränderungen des Zustandes der Dinge sich irgend eine andere zugetragen habe, weit größer sei als die, daß sich gerade diejenige, welche der bejahende Thatsatz ausdrücke, ereignet habe.

Diese Idee Schneider's hat in neuerer Zeit ein sonst nicht unbedeutender Autor[b]) aus der Vergessenheit, der sie bereits anheimgefallen schien, wieder hervorgezogen und mit großem Eifer vertheidigt. Durch mathematische Berechnungen will er die ihm und Schneider gemachten Einwürfe beseitigen. Man hatte ihm mit Recht entgegengehalten, daß, wenn eine Affirmative und Negative überhaupt möglich, gar kein Grund vorliege, die eine oder andere an und für sich als wahrscheinlicher anzusehen, daß m.a.W. die unbewiesene Affirmative (im Sinne Schneider's) durch die ihr entgegengesetzte unbewiesene Negative zwar aufgewogen, aber keineswegs überwogen werde. Dieses, meint unser Autor[c]), sei ein Trugschluß, in welchem von der gleichen Möglichkeit zweier Sätze auf die gleiche Wahrscheinlichkeit eine Consequenz gezogen werden wolle, während in der Natur und dem verschiedenen Umfange der positiven und negativen Sätze ein wichtiger und allgemeiner Grund liege, kraft dessen letztere „in der Regel wenigstens" für wahrscheinlicher gehalten werden müßten. In der Theorie der Wahrscheinlichkeit werde von Mathematikern und Philosophen[d])

---

a) l. c. Anmerkung VI. z. §. 26 und 29.

b) Rizy, Verbindlichkeit zur Beweisführung, Wien 1841, S. 42. 194.

c) S. 190 l. c.

d) Moses Mendelssohn's philosophische Schriften, Reutlingen 1790. Th. 2. S. 250 werden hier citirt.

für ein ausgemachtes Gesetz gehalten, „daß sich die Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Ereignisses zur Gewißheit verhalte, wie die Anzahl der Fälle, in welchen gerade dieses Ereigniß eintreten müsse, zu der Anzahl aller möglichen Fälle[a]). Seien unendlich viele Fälle möglich, und behaupte Jemand einen ganz bestimmten Fall, so verhalte sich die Wahrscheinlichkeit seiner Behauptung zur Gewißheit wie 1 zu einer unendlich großen Zahl d. h. sie sei höchst unwahrscheinlich, während umgekehrt die Behauptung dessen, welcher sage, es sei ein anderer, unbestimmt welcher, von den vielen möglichen Fällen eingetreten, höchst wahrscheinlich sei. Hier stehe nun ein realbejahender einem realverneinenden Satze gegenüber, die Wahrscheinlichkeit des ersteren verhalte sich zu der des letzteren wie 1 zu einer unendlich großen Zahl. Das Feld der Möglichkeit schließe — regelmäßig wenigstens — eine unendliche Zahl von Kreisen ein, und es lassen sich in einer und derselben Beziehung ebenso viele Sätze denken als Sphären, in die das Subject versetzt werden könne. Da der realbejahende Satz dasselbe in eine bestimmte Sphäre setze, der realverneinende es lediglich von einem bestimmten Kreise ausgeschlossen wissen wolle, ohne anzugeben, in welche andere Sphäre es zu setzen sei, so habe jener den kleinsten, dieser den größten Grad von Wahrscheinlichkeit.

Dieses ganze Raisonnement, so scharfsinnig es Manchen auch erschienen ist, laborirt an mehr als einem Fehler. Es reicht

---

a) „Wenn ich in eine Glücksurne greife" sagt Rizy S. 191, „worin sich 90 Loose mit 3 Treffern und 87 Nieten befinden, so muß ich es offenbar für viel wahrscheinlicher halten, daß ich eine von den nichts gewinnenden Nummern, als daß ich einen Treffer heben werde. Wollte ich über den Erfolg des Spiels in vorhinein eine Wette auf gleichen Satz eingehen, so wäre ich augenscheinlich im Nachtheil; denn meine Behauptung, daß ich einen Treffer ziehen werde, verdient verhältnißmäßig viel geringeren Glauben als die meines Gegners, welcher das Gegentheil erwartet. Die Wahrscheinlichkeit der ersteren verhält sich nämlich zur Gewißheit nur wie 3 : 90; die Wahrscheinlichkeit der letztern hingegen wie 87 : 90."

überhaupt nicht zur Entscheidung concreter Fälle aus, es paßt nicht auf das, um was es sich in Processen handelt, es paßt augenscheinlich dann nicht, wenn das Reich der Möglichkeit nur aus zwei ganz eng begrenzten Sphären besteht, so daß alles, was von der einen ausgeschlossen wird, nothwendig in die andere fallen muß. Und wie will man dieses Raisonnement anwenden, wenn es sich nicht um Ereignisse, sondern um Eigenschaften von Personen und Sachen handelt, z. B. Geistesfähigkeiten, Stoff oder Farbe? Wenn der Kläger behauptet, eine gekaufte Sache sei weiß, der Andere, sie sei grün, wie könnte hier gesagt werden, der erstere behaupte eine Veränderung, der letztere aber eine Fortdauer? Hier giebt das s. g. Realkriterium nichts weniger als einen festen Anhaltspunkt.

Wollen wir einmal von den Ausdrücken „Fortdauer und Veränderung" absehen, so läßt sich von der Behauptung des Beklagten doch sicherlich nicht sagen, sie sei wahrscheinlicher als die seines Gegners. Denn dieser leugnet so gut als jener durch seine Behauptung der weißen Farbe alle möglichen andern. Das Verhältniß würde sich in Ansehung der Wahrscheinlichkeit seiner Behauptung zur Gewißheit nach der Gegner mathematischer Berechnung wie 1 zu einer unbestimmten Anzahl anderer herausstellen.

Ein solches Verhältniß erhalten wir nun allemal, sobald der eine Theil sich im Processe nicht auf ein bloßes Leugnen der gegnerischen Angabe beschränkt, sondern geradezu sagt, daß und wie sich die Sache anders verhalte. Daß er hier regelmäßig von der Beweispflicht nicht, vielmehr sein Gegner davon betroffen wird, läßt sich nicht bestreiten, wie wir unten nachweisen werden, aber aus dem Grundsatze der Wahrscheinlichkeit nicht ableiten, der Grund muß also ein anderer sein, die Präsumtionstheorie erweiset sich mithin als unzureichend. Wollte man einwerfen, daß durch des Beklagten Vortrag der s. g. exceptio rei aliter gestae allemal

die Negation der res sic gesta mitausgedrückt, und daß der Beklagte gar nicht verpflichtet gewesen sei, mehr als die reine Verneinung auszusprechen, so würde durch diesen Einwurf schon angedeutet sein, daß es nicht die größere Wahrscheinlichkeit seiner Behauptung, vielmehr doch noch eine andere Rücksicht sei, aus der wir von ihm vorerst keinen Beweis, sondern diesen von seinem Gegner verlangen.

In Betreff des oben angedeuteten Falles, wo das Reich der Möglichkeiten in nur zwei Sphären zerfällt, wird das Unzutreffende ihres Princips unumwunden von den Gegnern zugestanden. Ein solcher Fall würde z. B. vorliegen, wenn der eine streitende Theil die bona fides, Großjährigkeit, Freiheit u. dergl. behauptete, der andere aber negirte, denn durch das Verneinen ist allemal das juristisch allein Mögliche zugleich mit behauptet, also mala fides, Minderjährigkeit, Sclaverei. Der Widerspruch enthält hier die Angabe eines ebenso bestimmten facti wie die Behauptung der bona fides u. s. w., der verneinende Satz schließt eine Bejahung ganz bestimmter Art mit Nothwendigkeit in sich, es „verschwindet der characteristische Unterschied bejahender und verneinender Sätze", gestehen die Verfechter der Wahrscheinlichkeitstheorie selbst[a]). Wonach entscheidet sich denn aber hier die Beweislast? Die Gegner nehmen an, die Gesetze hülfen größtentheils mit der Aufstellung specieller Vermuthungen nach, was wir unsererseits leugnen müssen, bis es nachgewiesen ist; und wo dergleichen Vermuthungen fehlen, nehmen sie ihre Zuflucht zu dem von ihnen sogenannten „unentbehrlichen Hilfssatze": ,,actori incumbit probatio[b])''!

Wenn endlich die Gegner lediglich mit Sätzen der Logik argumentiren wollen, und dabei ganz übersehen, daß es sich in Proces-

---

a) Vergl. Rizy l. c. S. 198.
b) Vergl. Rizy l. c. S. 200.

sen um historische Thatsachen und Zustände, „um Gestaltungen im Raum und in der Zeit" handelt, so ist dieses ein sehr verkehrtes Benehmen. Logisch ist es richtig, daß wenn der Eine a behauptet, der Andere es leugnet, dieser sein non a nicht zu beweisen haben wird, denn dieser Beweis wäre unmöglich, das non a ist alles Andere außer dem a. Ganz anders stellt sich dagegen die Sache heraus, wenn wir uns unter dem a etwas nach Zeit oder Raum Bestimmtes denken, wie dieses bei allen processualischen Behauptungen relevanter Thatsachen angenommen werden muß. Wird dieses Bestimmte geleugnet, so ist damit immer etwas Anderes behauptet, was ebenfalls im Raume und in der Zeit existirt. Dieses steht dem, was von der andern Partei behauptet ist, immer entgegen, wobei für unsere Beweisfrage ohne Bedeutung bleibt, ob dasselbe besonders bezeichnet oder unangegeben gelassen wurde, weil der Leugnende es nicht angeben konnte oder wollte [a]). Mit andern Worten: der Leugnende behauptet weder eine Leere von Ort und Zeit, weil es solche nicht giebt, noch auch alle Möglichkeiten zugleich, denn eine solche Behauptung verdiente keine Rücksicht, da sie alle nicht neben einander bestehen können; haben wir also uns immer nur **ein** factum, **einen** Zustand als durch die Negation hingestellt zu denken, so darf, wie früher bemerkt, dafür auch keine größere Wahrscheinlichkeit in Anspruch genommen werden als für das, was von der andern Partei behauptet wurde. Wollen wir nach dem Vorbilde der Gegner die Sache in Zahlen ausdrücken, so müssen wir unser Exempel so formiren, daß wir sagen: sowohl das, was der Eine behauptete, als das, was durch dessen Negation von dem Andern behauptet wurde, ist = 1.

Mit dieser Erörterung dürfen wir die Widerlegung der Präsumtionstheorie für geschlossen erachten.

---

a) Vergl. **Heffter** zu **Weber**, Aufl. 3 S. 226.

§. 4.

III. Von großer Bedeutung für die Lehre von der Beweislast sind die in den Anfang des gegenwärtigen Jahrhunderts fallenden, später von Heffter mit Zusätzen versehenen Arbeiten Weber's geworden. Das Verdienst dieses Juristen setzen wir besonders darin, daß er das Unhaltbare der Theorie, welche überall Präsumtionen erblickt, nachgewiesen hat, während er in dem selbstständigen Versuche der Aufstellung eines Princips weniger glücklich gewesen sein dürfte, indem er als Fundamentalregel hinstellte[a]): „Wer ein Recht oder eine Befreiung von Rechten oder Anmaßungen Anderer ganz oder zum Theil mit Erfolg vor Gericht geltend zu machen sucht, ist schuldig, die noch ungewissen Thatsachen, deren Wahrheit das Recht oder die Befreiung als wahr voraussetzt, zu beweisen."

Obgleich Weber von der Tüchtigkeit des so lautenden allgemeinen Princips nicht nur selbst im hohen Grade überzeugt war, daß er ausrufen mochte[b]) „nicht füglich dürfte irgend ein anderer Grundsatz den Forderungen, welche die Rechtstheorie hier zu erfüllen hat, besser und mehr genügen", sondern auch bei Andern einen ungemeinen, sich lange Zeit erhaltenden Beifall fand, so läßt seine gegebene Regel doch gar viel zu wünschen übrig. Denn

1. Der Ausdruck „Befreiungen" ist ein so höchst vieldeutiger, daß man versucht sein könnte dabei sogar an eine negative Litiscontestation zu denken, und doch dürfte es weder Weber selbst noch irgend einem Juristen eingefallen sein, im Falle einer solchen Antwort auf die Klage den Beklagten mit einem Beweise zu belasten.

2. Jedenfalls passen unter den Ausdruck „Befreiungen" auch die Exceptionen, und da diese meistens, oder, wie Andere wollen,

---

a) Vergl. S. 154 der ersten Auflage.

b) Vergl. l. c. S. 155.

stets in der Behauptung von Rechten bestehen[a]), so würden Rechte und Befreiungen dasselbe sein; während sie doch nach Weber's Absicht als Gegensätze erscheinen sollen[b]).

---

a) Vergl. v. Savigny, System §. 227 z. A. mit Wetzell §. 17. not. 16. und v. Helmolt, Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast, Gießen 1852. S. 56 und 283.

b) Durch die Versuche derer, welche das Mangelhafte der Weber'schen Darstellung erkennend, durch eine verbesserte Ausdrucksweise zu helfen suchten, und doch in der Hauptsache sich vom Weber'schen Principe nicht lossagen konnten, ist die Sache um wenig besser geworden. So trifft nach Martin (Lehrb. des Proc. §. 182, womit zu vergl. dessen Vorles. §. 182 z. A.) die Beweislast „beinahe ohne Ausnahme eine jede angreifende Partei in Ansehung ihrer selbstständigen gerichtlichen Behauptungen von solchen, juristisch noch ungewissen Thatsachen, deren Wahrheit vorausgesetzt wird, um diesen ihren Angriff, so, wie dieselbe dermalen vor Gericht Gebrauch davon macht, rechtlich zu begründen." Heffter (zu Weber Aufl. 3. S. 210) stimmt im Allgemeinen hierin bei, will aber das Wort „angreifen", „Angriff" vermeiden und substituirt alternativ:

„Jede Partei, welche vor Gericht einen sich nicht schon von selbst, auch bei gänzlicher Unthätigkeit verstehenden Antrag macht, muß die zur Begründung desselben erforderlichen Thatsachen beweisen", oder:

„Jede Partei, die sich eines zuläßigen Rechtsmittels im weitern Sinne (Klagen, Einreden, Imploration, Appellationen u. dergl. eingeschlossen) bedient, muß dessen thatsächliche Voraussetzungen beweisen."

Zwei, wie es uns scheinen will, nicht eben glückliche Verbesserungsvorschläge, weil man dabei im Ungewissen darüber bleibt, was unter den nicht schon von selbst sich verstehenden Anträgen gedacht werden soll, und eben dasselbe in Ansehung der thatsächlichen Voraussetzungen eines zuläßigen Rechtsmittels im weitern Sinne behauptet werden muß. Nach dem, wie die von Martin und Heffter aufgestellten Regeln lauten, bleibt man einerseits darüber im Zweifel, was der Beweispflichtige zu thun habe, um seiner Verbindlichkeit zu genügen, andererseits scheint es leicht möglich, daß man den Beklagten, wenn er ein s. g. qualificirtes Geständniß macht oder die s. g. exceptio rei non sic sed aliter gestae opponirt, für beweispflichtig erklärt, denn immerhin würde man darin eine selbstständige gerichtliche Behauptung einer angreifenden Partei, ein Rechtsmittel im weitern Sinne des Worts erblicken können, sofern ja der Beklagte hier nicht mit Heffter l. c. S. 208 zu reden, „schlechtweg leugnet", sondern „aus selbstständigen Gründen Schutz gegen den klägerischen Angriff sucht"; daß dieses der einzig mögliche Sinn namentlich der Heffter'schen Vorschläge sei, wollen wir zwar nicht behaupten, wohl aber, daß jene citirten Worte auf S. 208 zu solchem Verständnisse zu verleiten nur zu sehr geeignet sind, weil sie, wie S. 209 der Uebergang

3. Richtig führt Weber aus, daß der Kläger den Grund seiner Klage zu beweisen hat, aber den wahren Grund dieser Verpflichtung hat er nicht angegeben, und daher mag es auch rühren, daß er die Frage ganz unbeantwortet gelassen hat, was der Kläger, um seiner Beweispflicht zu genügen, klar zu stellen habe. Er nimmt mit so vielen Andern an, daß uns die Gesetze dieses für den concreten Fall sagen, was sich doch keineswegs behaupten läßt. Allerdings finden wir manche Aussprüche der Quellen (z. B. L. 8. 11. 23. 25. D. 22. 3. L. 1. C. 4. 19.), die uns einfach mit bestimmter Auskunft versehen, für manche Fälle forschen wir nach solchen klaren Bestimmungen indeß vergeblich. Wo fände sich z. B. die Antwort auf die Frage, was vom Kläger außer Zweifel zu setzen ist, wenn die condictio causa data causa non secuta angestellt, wenn die immixtio wider suos heredes behauptet worden ist u. s. w.? Weber hat es unterlassen, das höhere Princip, aus welchem die einzelnen quellenmäßigen Bestimmungen geflossen sind, aufzusuchen, und gerade darin, daß er dessen in seiner Fundamentalregel nicht gedacht hat, liegt das Unzulängliche derselben. Er nennt es ein Selbstverständniß, daß Kläger zunächst zum Beweise gehalten ist, und wähnt die Sache damit abgethan, daß die Gesetze selbst dieses durch den Satz: „actori incumbit probatio" bestätigen.

4. Aehnlich steht es mit dem, was Weber in Betreff des Beweises von Einreden sagt. Weßhalb müssen sie überhaupt bewiesen werden, und was gehört zu diesem Beweise? Das hierüber Vorgetragene genügt bei weitem nicht. In dem was sub VI. 34—38 aufgeführt ist, finden wir keine Befriedigung, und am Ende wird Alles zurückgeführt auf Ulpian's Ausspruch in L. 19 pr.

---

zu den allgemeinen S. 210 gegebenen Regeln beweiset, diese vorbereiten. Und dieses genügt, um jene Verbesserungsvorschläge als unzutreffende anzusehen.

D. 22. 3. „In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere." Dieser Ausspruch bezieht sich aber lediglich auf solche Vertheidigungen, welche die Römer als „exceptiones" bezeichneten, keineswegs auf die ipso jure wirkenden (defensiones juris[a]). Man halte uns nicht entgegen, daß der Unterschied zwischen wahren und uneigentlich so genannten Exceptionen für das heutige Proceßrecht keine Bedeutung mehr habe, und jene L. 19 cit. gegenwärtig auch für den Beweis uneigentlicher Exceptionen maßgebend sei. Dieses könnte doch erst dann zugegeben werden, wenn man sich über die ratio jenes gesetzlichen Ausspruchs klar geworden ist und es sich zeigt, daß sie auch bei den uneigentlichen Exceptionen zutrifft, zu geschweigen, daß erst, wenn wir die ratio kennen, sich der Irrthum mit Sicherheit vermeiden läßt, vermöge dessen man so leicht dazu kommt, die s. g. motivirte Verneinung[b]) zu den Einreden zu stellen. Dadurch, daß Weber jenes mehrge-

a) Auf die ipso jure wirkenden Vertheidigungen können sich jene Worte der L. 19 deßhalb nicht beziehen, weil die Römer unmöglich den, der eine defensio juris der Klage opponirte, einen actor nennen, und ebensowenig von ihm sagen konnten, er müsse „exceptionem velut intentionem implere." Agere ist ursprünglich soviel als ajere, (hergeleitet von dem Intendiren bei den alten legis actiones), welches in der spätern formula in der intentio enthalten war, auf deren Fassung an sich nur die klägerischen Behauptungen Einfluß hatten (Vergl. Albrecht, die Exceptionen S. 33 not. 1.) Ward aber durch Adjection der exceptio (durch Einschiebung mit den Einführungsworten „si non, at si non" u. dergl.) die formula erweitert, so wurde jene gleichsam selbst ein Bestandtheil der intentio, der excipirende Beklagte gewann auch Antheil an der Fassung der formula und stellte sich in derselben als agens, actor dar. — Die ipso jure wirkenden Vertheidigungen fanden dagegen keine Aufnahme in die formula. Denn eben weil das bestehende Recht sie anerkannte, mußte der Richter bei der Entscheidung auf sie Rücksicht nehmen, wenn er auch dazu nicht besonders angewiesen war. Wenn also die ganze intentio des Klägers und wenn nur sie in die Formel gelangte, so konnte von einem implere der intentio des Beklagten ebensowenig die Rede sein, als wenig der letztere als agens, actor bezeichnet werden. Vergl. S. 214.

b) S. hiervon weiter unten. §. 21.

dachte höhere Princip unberücksichtigt ließ, als dessen Ausfluß die L. 19 cit. einerseits und diejenigen Gesetzesstellen, welche die Beweislast bei defensiones juris reguliren, (wie z. B. L. 8 D.22.3.) andererseits erscheinen, ist es möglich geworden, daß ein Jurist von so anerkanntem practischen Sinne[a]) eine so wenig zuverlässige und unzureichende Grundregel aufstellen konnte.

5. Was endlich unser Autor zur Erläuterung der letzteren vom Beweise der Replik, Duplik ꝛc. sagt, (conf. VI. 38 ff.) ist im Grunde nichts als eine Verweisung auf das über den Beweis von Klagen und Einreden Vorgetragene, und wie nun schon dieses nicht genügt, so kann selbstredend ersteres ebensowenig als die Sache erschöpfend angesehen werden.

§. 5.

IV. Man könnte unter Erwägung der vielen vergeblichen Versuche, welche dem Vorstehenden nach gemacht worden sind, veranlaßt werden, in allem Ernste zu fragen, ob überhaupt die Möglichkeit der Aufstellung eines allgemeinen, die Beweislast regulirenden Princips gegeben sei. Wir tragen kein Bedenken hierauf eine bejahende Antwort zu ertheilen, nur wähne man nicht, daß die Sache mit Formulirung eines einzigen Satzes abgethan sei, unter welchen sich alle möglichen in der Praxis vorkommenden Fälle mit Leichtigkeit bringen ließen[b]). Andererseits müssen wir behaupten, daß jenes gesuchte Princip, wenn wir practischen Werth von ihm erwarten, kein anderes sein kann als dasjenige, welches wir in den Gesetzen wiederfinden, jedes andere würde unfehlbar

---

a) Vergl. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 331, not. 29.

b) Die Hauptschwierigkeit liegt darin, daß man sich im materiellen Recht nicht klar oder einig ist über das, was den Grund so mancher Rechte und Rechtsverhältnisse bildet, und worin die juristische Bedeutung mancher Thatsachen besteht. Hierüber s. unten §. 23. Abh. XI.

hie und da mit den Quellen in Collision gerathen, wir hätten, da sich gegen den Buchstaben des Gesetzes mit einer Argumentation aus Vernunftprincipien, Natur der Sache und dergl. nichts ausrichten läßt, in jedem Conflictsfalle eine Unanwendbarkeit des selbstgeschaffenen Princips zu erkennen, und wären, um letzteres zu retten, genöthigt eine Reihe von Ausnahmen zu statuiren. Und welchen Nutzen gewährte ein so durchlöchertes Princip!

Es gilt also den leitenden Gedanken aufzusuchen, aus dem alle in unsern Gesetzen enthaltenen Bestimmungen über Vertheilung der Beweislast geflossen sind. In dieser Beziehung interessirt uns vorzugsweise das römische Recht, indem es fast als einzige Quelle für die Lösung unserer Aufgabe erscheint, und das, was es uns zu erkennen giebt, nur selten durch canonisches und deutsches Recht modificirt oder bei Seite gesetzt sein dürfte.

§. 6.

Unser heutiger Proceß erkennt als einen Hauptgrundsatz, dem auch das römische Recht huldigt, an, daß der Richter Niemandem ein Recht zusprechen soll, wenn er nicht von dessen Dasein eine genügende Gewißheit hat. Hierbei ist indeß nicht außer Acht zu lassen, daß menschliches Wissen immer Stückwerk bleibt, daher jene Gewißheit keine absolute zu sein, vielmehr nur so viel festzustehen braucht, als ein vorsichtiger und verständiger Mensch auf Grund der Erfahrung des täglichen Lebens und nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge für wahr zu halten keinen Anstand nimmt[a]). Nur insofern leidet dieses eine Modification, als die Gesetze zum Zwecke möglichster Unparteilichkeit und Gleichheit im Urtheilen dem richterlichen Glauben und Zweifeln gewisse Schranken gesetzt haben. Was der Richter, der von dem gedachten zwiefachen Gesichtspunkt ausgeht, für richtig hält, das nennen wir formelle oder

a) L. 3 §. 2 D. 22. 5. L. 95. D. 29. 2. L. 2 D. 2. 14. L. 9 C. 7. 16.

juristische Wahrheit oder Gewißheit im Gegensatze der absoluten oder materiellen.

Da nun nach einer bekannten unser ganzes Proceßrecht durchdringenden Maxime der Richter im Interesse der Unparteilichkeit wie der Freiheit der Parteien bei seinen Entscheidungen sich regelmäßig streng an das von den Streitenden ihm vorzulegende Material halten muß, so darf er über dunkele Rechtsverhältnisse von den Parteien Aufklärung erwarten, diese müssen beibringen, was zum Fundamente eines auf juristische Wahrheit sich stützenden Ausspruchs gehört.

Ihre desfallsige Thätigkeit läuft am Ende aber immer auf Vorlegung von Thatsachen hinaus. Um dieses darzuthun, müssen wir auf etwas früher schon Angedeutetes recurriren: zwar bilden Rechte und Rechtsverhältnisse den unmittelbaren und eigentlichen Gegenstand des Rechtsstreits, der ja nur deßwegen geführt wird, damit hierüber obwaltende Streitigkeiten und Zweifel erledigt werden, allein jener Gegenstand ist etwas Ideelles, Unsichtbares, worüber man sich nur mittelst Schlußfolgerungen aus Thatsachen vergewissern kann, welche auf die Entstehung, Veränderung oder das Ende von Rechten und Rechtsverhältnissen fördernd oder hindernd einwirken, und theils positiv, theils negativ sind, indem entweder etwas geschehen oder unterbleiben muß, damit ein Recht oder Rechtsverhältniß entstehe, eine Veränderung erleide oder aufhöre, oder dieses nicht geschehe. Diese Thatsachen nennt man daher juristische[a]), und die Eigenschaft einer Thatsache, vermöge deren sie den geschilderten Einfluß auf die Gestaltung von Rechten und Rechtsverhältnissen ausübt, wollen wir als ihre juristische Bedeutung bezeichnen. Die juristischen Thatsachen können selbst idealer Natur sein[b]), und müssen dann auf andere,

---

a) Savigny, System Bd. 3 S. 3.

b) z. B. die culpa, der error.

sinnlich wahrnehmbare zurückgeführt werden, in denen sie nach dem regelmäßigen Laufe der Dinge ihren Grund oder ihre Erscheinung haben. — Wir werden hierauf später zurückkommen.

Das Gesagte ergiebt also die Richtigkeit unserer Behauptung, daß eine Partei zur Aufklärung von Rechten und Rechtsverhältnissen immer nur Thatsachen vorzulegen d. h. nicht bloß anzuführen, sondern auch, sofern sie noch zweifelhaft sind, außer Ungewißheit zu setzen hat. Wird dieser Aufgabe von ihr genügt, so kann sie auch verlangen, daß der Richter die juristische Bedeutung jener Thatsachen bei Abgabe der Entscheidung in ihrem Interesse berücksichtige, während er umgekehrt auf eine festgestellte oder feststehende Thatsache gar kein Gewicht legen darf, wenn ihr die ihr an sich zukommende juristische Bedeutung in concreto aus irgend einem Grunde abgeht[a]).

Hieraus geht consequent weiter hervor, daß die Gegenpartei thätig werden, dem Richter Material zur Aufklärung des Rechtsverhältnisses zuführen, m. a. W. beweispflichtig werden muß, sobald sie den Einfluß der juristischen Bedeutung einer feststehenden Thatsache bestreitet, d. h. sie muß ihrerseits vorlegen, was im Stande ist, jenen ihr schädlichen Einfluß zu beseitigen. Auch hier läuft am Ende Alles wieder auf Klarstellung von Thatsachen hinaus, die sinnlich wahrnehmbar sind. Der Grund aber, weßhalb die Partei hier beweisen muß, ist ein rein negativer, sie wird beweispflichtig, weil ihr Gegner nichts mehr zu beweisen hat. Dieser Satz ist von großer Tragweite, wie wir später bemerken werden. Haben wir also gesehen, daß beide Theile zur Aufklärung streitiger Rechtsverhältnisse und Rechte beitragen müssen, so ist nunmehr

---

a) Ob und welche Bedeutung ihr überhaupt zukommen, und aus welchen Gründen sie ihr in concreto nicht beigelegt werden kann, muß der Richter selbst wissen, weil das objective Recht, dessen Kenntniß seine Amtspflicht ist, dieses bestimmt.

Anfang und Ende der einer jeden Partei obliegenden Thätigkeit zu bestimmen.

§. 7.

Die Verpflichtung, in einem Rechtsstreite mit Beweis zuerst hervorzutreten, legen die Gesetze[a]) dem Kläger rücksichtlich derjenigen facta auf, woraus sich sein Recht und nöthigenfalls[b]) dessen Verletzung durch den Beklagten ergiebt. Erst hiernach kann von einer Beweispflicht des Beklagten die Rede sein. Der Grund davon ist theils ein natürlicher, dessen bereits oben S. 254 gedacht ist, theils ein aus Rücksichten der Billigkeit fließender. Obwohl nämlich moralisch betrachtet den Richter nichts hindern möchte, von beiden Parteien den Beweis der Rechtmäßigkeit ihrer Intention zu fordern, so würde doch ein solches Verlangen in seiner practischen Anwendung für eine wahre Gerechtigkeitspflege die größte Gefahr herbeiführen, indem der Beklagte die ebenso folgenreiche als oft schwierige Rolle des Beweisführers ohne alle weitere Ursache übernehmen müßte, als weil sein Gegner mit der Behauptung der Unrechtmäßigkeit des bestehenden Zustandes aufgetreten[c]) ist. Die Gesetze erkennen das Unbillige solcher Anforderung auch ausdrücklich an[d]).

---

a) §. 4 J. 2. 20. L. 21 D. 22. 3. L. 8. 20 C. 4. 19.

b) Vergl. not. b. a. E. z. S. 277.

c) S. Heffter zu Weber S. 205. „Der Staat kann diese Forderung nicht als eine rechtliche aufstellen, sie würde denjenigen, der das beste Recht materiell für sich hätte, in die größten Gefahren und Verlegenheiten setzen, weil er z. B. durch zufällige Umstände verhindert sein kann, die Gründe seines Rechts anzugeben und irgendwie zu bewahrheiten. Das Ansinnen sich über seinen Rechtsstand auszuweisen, bloß weil ihn ein Anderer anficht, enthält eine mit nichts zu rechtfertigende Belästigung, also eine Rechtsverletzung. Der Staat kann demnach allen Parteien zwar freigeben, Beweise über das streitige Rechtsverhältniß beizubringen, aber fordern darf er sie nicht von allen zugleich" u. s. w.

d) L. un. C. 4. 4. „Quoties ex quolibet contractu pecunia postulatur,

Welche Thatsachen sind es nun aber, auf die es beim Beweise des Klägers ankommt? Hierüber müssen wir uns nothwendig klar werden, bevor wir im Stande sind zu bestimmen, wann die Reihe des Beweisens an den Beklagten kommt, und was auf seiner Seite dazu gehört, damit er eintretenden Falles seiner Beweispflicht genüge.

Man könnte veranlaßt sein, die Thatsachen der Ausübung des vom Kläger behaupteten Rechts als Gegenstand des von ihm zu führenden Beweises anzusehen. Daß sich indeß von diesen factis kein bündiger Schluß darauf ziehen läßt, daß dem Kläger das fragliche Recht wirklich zustehe, ergiebt die Betrachtung, daß die Ausübung vom Rechte selbst getrennt gedacht werden kann, und häufig (wie z. B. Besitz getrennt vom Eigenthum) vorkommt. Somit können wir nur an diejenigen Thatsachen denken, deren juristische Bedeutung sich auf die Entstehung des Rechts bezieht. Man würde hierwider vergeblich einwenden, daß mit einem Beweise über diese facta nicht auszureichen sei, indem im Falle seines Erbrachtseins doch noch Gewißheit darüber fehle, daß das als entstanden anzusehende Recht bis auf den Zeitpunkt fortgedauert habe, auf den es im concreten Falle ankomme[a]); denn wir müs-

---

sequestrationis necessitas conquiescat; oportet enim debitorem primo convinci, et sic deinde ad solutionem pulsari. Quam rem non tantum juris ratio, sed ipsa aequitas persuadet, ut probationes secum afferat debitoremque convincat pecuniam petiturus."

a) In Ansehung des römischen Rechts s. Albrecht l. c. S. 186. „Zwar pflegte in der Zeit der legis actiones, wie nicht weniger, sofern die Formula in jus concipirt wurde, in der Formularprocedur — die Klage auf das existirende Recht gestellt zu werden, und nicht bloß auf das dasselbe begründende factum. Indessen hing die Beweisauflage für den Kläger doch keineswegs in der Weise mit der Klage zusammen und war durchaus nicht auf den Inhalt derselben so gewissermaßen symmetrisch basirt, wie dieß heutzutage der Fall ist. Denn obschon die Behauptung des Klägers in der actio beziehungsweise der Formula auf das jus gestellt war, so durfte derselbe gleichwohl keinen weitern

sen uns mit dem Beweise seiner einmaligen Entstehung aus dem Grunde begnügen, weil bei der Unzulänglichkeit des Nachweises seiner Ausübung die Forderung eines Beweises seiner Fortdauer darauf hinauslaufen würde, zu zeigen, daß von allen möglichen Gründen seines Untergangs keiner vorgekommen sei, — eine Forderung, welche die Vernunft nicht und auch nicht die Jurisprudenz gut heißen kann. Wenn man auf solcher Forderung, die auf etwas natürlich Unmögliches hinausläuft, beharren wollte, so hätte man jeden wirklich Berechtigten in all' den Fällen für rechtslos erklärt, da es einem Unberechtigten einfiele, das Recht des ersteren nicht zu respectiren. Denn Eigenmacht zu üben ist bei Strafe verboten, und andererseits gewährte der Richter nicht eher Hülfe, bis jener aus natürlichen Gründen unmögliche Beweis erbracht wäre.

Es stellt sich also schon so viel heraus, daß der Kläger mehr als die Thatsachen der Entstehung seines geltend gemachten Rechts nicht zu beweisen haben kann[a]). Und in einer Reihe von Beispielen aus dem Personen-, Sachen-, Obligationen- u. s. w. Recht legen die Gesetze dem Kläger nicht mehr als dieses zu beweisen auf; im Gegentheile erkennen sie in andern Fällen dem Beklagten gerade den Beweis der Aufhebung des Rechts zu[b]). Damit ist aber die

---

Beweis erbringen als diesen, daß das behauptete jus in gehöriger Weise entstanden sei" u. s. w.

a) Hierin stimmen die Neueren überein. Vergl. Martin's Vorlesungen (Leipzig 1858) Bd. 2. S. 194. Briegleb summar. Proceß (Leipzig 1839) Bd. 1. S. 180. Puchta, Pand. §. 97. Bethmann Hollweg, Vers. S. 346. Albrecht, Exceptionen S. 186. 198. Aber damit begnügen sich auch alle, oder bleiben in ihren fernern Ausführungen wenigstens sehr unbestimmt, willkürlich und oft irrig; die erste Grundlage zu einer richtigen Auffassung hat Wetzell gelegt, wenngleich auch er die Sache nur erst mehr angedeutet, als ausgeführt haben dürfte.

b) In der L. 12 C. 4. 19 ist dieses in Bezug auf Eigenthumserwerb durch Kauf deutlich ausgesprochen: „Quum res non instrumentis gerantur, sed

Sache noch nicht abgethan. Wir sehen nämlich, daß die Gesetze häufig den Beklagten mit dem Beweise des Mangels solcher facta

in haec rei gestae testimonium conferatur, factam emtionem et in vacuam possessionem inductum patrem tuum, pretiumque numeratum, quibus potes jure proditis probationibus docere debes" und allgemeiner in L. 23 D. 6. 1. ,,In rem actio competit ei, qui aut jure gentium, aut jure civili dominium acquisivit, imgleichen in L. 16 C. 4. 19.... ,,unde domini facti sunt, emergente quaestione docere compelluntur."

Ferner setzt die L. 23 D. 22. 3 beim Beweise des Conventionalpfandrechts Alles in die Entstehung desselben.

Es giebt Rechtsverhältnisse, welche ihre Entstehung einer einseitigen Willensbestimmung des Constituenten verdanken, die von diesem nach Belieben durch Willensänderung zurückgenommen werden kann. Auch bei diesen wird kein Nachweis darüber verlangt, daß der Wille unverändert fortbestand, obwohl man hieran noch zuerst zu denken veranlaßt sein könnte. L. 22 D. 22. 3 L. 3 ibid. L. 32 §. 4 D. 24. 1. ,,Sed ubi semel donatorem poenituit, etiam heredi revocandi potestatem tribuimus, si appareat, defunctum evidenter revocasse voluntatem. Quodsi in obscuro sit, proclivior esse debet judex ad comprobandam donationem.

Nach der L. 8 D. 22. 3 braucht der Vater nicht zu beweisen, daß die einmal (durch Geburt während der Ehe) entstandene väterliche Gewalt bis dahin, wo er hierüber mit dem Sohne streitet, fortbestanden habe, sondern der Sohn ist es, welcher die Aufhebung der Gewalt darthun muß. Ferner reicht zur Geltendmachung des status für den ingenuus die Gewißheit der freien Geburt (als Merkmal der Entstehung des Standesrechts) für den libertinus der Act der Freilassung hin, weder dieser noch jener wird mit dem Beweise einer Fortdauer der durch jene Thatsachen existent gewordenen Standesrechte belastet, während für den Fall, daß Freiheit oder Sclaverei feststeht, derjenige ihren Untergang zu beweisen hat, der ihn behauptet. Nov. 90 c. 6. L. 17 C. 4. 19 auth. de test. §. Si vero dicatur Nov. 90. c. 6.

Die L. 1 C. 4. 19: ,,Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem praestare debet" erkennt dem, der sein verliehenes Geld wiederforbert, nur den Beweis der zur Perfection des Contracts gehörigen facta zu, also den Beweis der Entstehung des obligatorischen Rechts, während sie den Beklagten dessen Wiederaufhebung durch die von ihm behauptete Zahlung beweisen läßt.

Mit dem Beweise der die Entstehung bedingenden Thatsachen reicht der Kläger dann nicht aus, wenn er Umstände behauptet hat, wodurch das ursprüngliche Object der Klage eine Modification oder eine Erweiterung erfahren haben soll, in welchem Falle er auch diese klar zu stellen hat, so gut als er bei

belasten, welche offenbar zu den Erfordernissen der Entstehung von Rechten gehören. Der Kläger hat also keineswegs alle zu beweisen.

§. 8.

Wie erklärt sich diese Erscheinung? Sollen wir allemal, wo gesetzlich der Kläger vom Beweise einer Thatsache befreit erscheint, die offenbar eine Bedingung der Entstehung seines Rechts, oder, wie wir in der Folge der Kürze halber sagen wollen, ein Erforderniß desselben ist, eine vom Gesetze gemachte Ausnahme von der allgemeinen Regel annehmen, welche dem Kläger den Beweis jener Erfordernisse auflegt? Unsers Erachtens liegen keine Ausnahmen vor, oder — was dasselbe ist, — jene Regel besteht in dem angegebenen Umfange gar nicht. Wenn man nämlich die Reihe der gesetzlichen Aussprüche über Vertheilung der Beweislast durchgeht, wird man finden, daß sie regelmäßig nur diejenigen Erfordernisse vom Kläger erwiesen haben wollen, welche als die äußern Merkmale der Entstehung seines Rechts erscheinen, und daß umgekehrt, wo sie den Beklagten beweisen lassen, daß ein Erforderniß nicht vorhanden sei (was meistens in der Forderung eines Beweises des Gegentheils geschieht) regelmäßig nur von Thatsachen die Rede ist, welche zu den äußeren Merkmalen nicht gehören[a]).

---

dinglichen Klagen, welche zu ihrer Begründung wider den Beklagten eine besondere Rechtsverletzung voraussetzen, hierüber einen Nachweis liefern muß; vergl. noch Wetzell l. c. S. 92. „Bei persönlichen Klagen wird die erforderliche objective Rechtsverletzung, etwa abgesehen von den Fällen wie dem der L. 17 D. mand. (17. 1) durch die Einlassung des Verklagten auf den Proceß genügend constatirt. Daß der Verklagte in mora sei, ist nicht erforderlich, obwohl davon für die Proceßkosten etwas abhangen kann." Bayer S. 534.

Vergl. Heise u. Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2 S. 153. Wetzell S. 93. v. Savigny, Besitz S. 463. Bethmann-Hollweg l. c. S. 347.

a) Wenn wir diese Behauptung aufstellen, so bemerken wir, daß unter den

Unter äußern Merkmalen verstehen wir diejenigen Thatsachen, aus welchen wir allein den Character eines Rechtsverhältnisses erkennen, welche uns zeigen, daß eine bestimmte species des Rechts unter den in concreto obwaltenden Umständen entstanden ist, die Thatsachen also, durch welche das bestimmte Recht in concreto in die Sinnenwelt hervortritt. Sie sind theils unmittelbar zu den Erfordernissen der Entstehung zu rechnen, theils mittelbar, sofern nämlich auf sie manche vom Gesetze als Bedingungen der Rechtsentstehung bezeichnete Thatsachen idealer Natur behuf ihrer Erkennbarkeit zurückgeführt werden müssen[a]). Beiden Arten gegenüber stehen solche Thatsachen, welche zwar in Ansehung der Entstehung des Rechtsverhältnisses oder Rechts dieselbe Wichtigkeit haben wie jene, aber zur äußern Erscheinung der letzteren nichts beitragen.

---

zahlreichen, die Regulirung der Beweislast direct aussprechenden Stellen, die sich in allen Theilen des corpus juris civilis finden, manche sind, die allerdings das Gegentheil zu ergeben scheinen. Dennoch wird man unserer Ansicht beipflichten, wenn man bedenkt, daß manche derselben, indem sie dem Kläger Beweis von Thatsachen auflegen, die nicht als äußere Merkmale der Entstehung seines Rechts erscheinen, nicht als Beweise von Klagethatsachen, sondern als Replikenbeweise aufzufassen sind, oder daß die Beweislast aus den unten in §. 11 angeführten Gründen so, wie geschehen, geordnet ist. Auch finden sich Gesetze, in denen von Acten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, von Criminalsachen und Verwaltungsangelegenheiten die Rede ist, und die für unsere Frage, was der Kläger als Klagethatsache im Civilprocesse zu beweisen habe, nicht maßgebend sein können. Als Argumente gegen unsere Behauptung könnten übrigens auch nur solche Aussprüche der Gesetze gelten, welche mit Bestimmtheit dem Kläger den Beweis einer Thatsache, die nicht zu den äußern Merkmalen der Entstehung seines Rechts gehört, anbefiehlt, alle diejenigen, aus denen erst mittelst Schlußfolgerungen etwas hergeleitet wird, müssen ausgeschlossen bleiben, sofern noch ein Streit über die Frage, ob nicht auch ein Schluß auf unsere Behauptung sich daraus ziehen läßt, möglich bleibt. Gesetzt nun, daß uns wider Erwarten ein unserer Ansicht zuwider laufender, gesetzlich entschiedener Fall nachgewiesen würde, so dürfte doch dieser gegenüber der großen Anzahl für uns streitender anderer Fälle nur eine Ausnahme von der aus den letzteren abzuleitenden Regel bilden.

a) z. B. Irrthum bei der cond. indebiti, dolus bei der actio doli. Vergl. not. b z. S. 217.

So ist z. B. für die Eigenthumsübertragung ein wesentliches Erforderniß die Dispositionsfähigkeit des Tradenten, ebenso wesentlich als der Wille, Eigenthum zu übertragen, und die Uebertragung selbst. Aber als äußere Merkmale des Eigenthumsübergangs erscheinen außer der sinnlich wahrnehmbaren Thatsache der Tradition nur diejenigen, aus denen die ideale Thatsache des Willens, Eigenthum zu übertragen, sich ergiebt. Ebenso ist die Willensfähigkeit ein wesentliches Requisit der Entstehung von Vertragsrechten, aber zu den äußern Merkmalen der Entstehung einer vertragsmäßigen Obligation gehört sie nicht, vielmehr erscheinen als solche nur die äußern Handlungen der Parteien, aus denen die Uebereinstimmung des auf die Constituirung eines bestimmten obligatorischen Rechtsverhältnisses gerichteten Willens hervorgeht. So ist ferner die Thatsache der Geburt, resp. mehrerer Geburten während bestimmter Ehe das äußere Kennzeichen der Intestaterbfolge und hierauf wird zunächst gesehen, wenn man beurtheilen will, ob Jemand Intestaterbrecht habe, ferner darauf, ob gewisse nähere Personen ausgefallen sind; aus dem Vorhandensein der Erbfähigkeit, die ein ebenso wichtiges Requisit ist, erkennt man aber das Intestaterbrecht nicht.

Wenn wir einen Blick in das tägliche Leben werfen, so werden wir zu der Ueberzeugung gelangen, daß hier die Frage, ob ein bestimmtes Recht oder Rechtsverhältniß entstanden sei, regelmäßig nach den gedachten äußern Merkmalen beantwortet wird. Daß Jemand denjenigen Thatsachen trauet, in denen sich der Character des Rechts oder Rechtsverhältnisses äußerlich abprägt, liegt einestheils in der Natur des Menschen tief begründet, anderntheils fordert das Verkehrsleben dazu auf. Wer sich zur Eingehung von Verträgen nie eher entschließen wollte, bis er weiß, ob der Andere auch Willensfähigkeit, ob er Dispositionsbefugniß hat, würde sich in Weitläuftigkeiten verwickeln, und während der zu deren Erledi-

gung erforderlichen Zeit die Gelegenheit zum Contrahiren vorbeigehen lassen. Damit ist nicht gesagt, daß es nicht Fälle geben kann, wo die Umstände fordern, daß er sich nach der Willens-, Dispositionsfähigkeit u. s. w. erkundigt und erst nach darüber erlangter Vergewisserung zu einem Contrahiren schreitet. Allein auch damit hat er sich noch keine vollständige Sicherheit verschafft, es können der wirklichen Entstehung des durch den Vertrag zu constituirenden Rechts noch andere Hindernisse entgegenstehen, auf welche auch der Vorsichtigste nicht immer gleich verfällt. Es ist z. B. sehr wohl möglich und gar nichts Unerhörtes, daß eine mit großer Bestimmtheit abgegebene Erklärung seines Mitcontrahenten mit dessen Willen nicht übereinstimmt, und eben deßwegen das Recht nicht entsteht, welches als entstanden anzusehen die äußern Umstände berechtigen. Um völlig sicher zu gehen, müßten also noch Untersuchungen darüber angestellt werden, ob in der That Uebereinstimmung zwischen Erklärung und Willen Statt hat, aber wo sollten diese enden, und wo fänden sich dafür die Anhaltspunkte?

Unter diesen Umständen ist es gerechtfertigt, ja geboten, daß man sich dem Vertrauen auf die äußern Merkmale der Entstehung der Rechte ergiebt, und Niemand wird darüber den Tadel der Unvorsichtigkeit und eines unverständigen Handelns zu befürchten haben. Ist dieses im Hinblick auf das bürgerliche Leben nicht zu bestreiten, so muß es ebenfalls mit Rücksicht auf die Stellung des Richters angenommen werden. Denn auch dieser ist und bleibt Mensch, ist in seinem Glauben und Meinen menschlichen Schwächen unterworfen, und selbst das Rechtsleben und der Rechtsverkehr würden darunter leiden, wenn er anders als in der gedachten Weise urtheilen wollte. Die Gesetze weisen ihn auch geradezu hierauf hin [a]), wovon wir in der Folge die Belege liefern werden.

---

a) L. 137. §. 2 D. 45. 1. L. 243 D. 50. 16. L. 17. §. 3 D. 40. 4.

— Sollte es anders sein, so führte das zu den offenbarsten Gefahren für den Verkehr, ja zur schreiendsten Härte und Ungerechtigkeit. Es würden Uebelstände dadurch hervorgerufen, welche der Unpartheiische nicht geringer in Anschlag bringen kann, als wenn die Gesetze es unterlassen hätten, richterlicher Leichtgläubigkeit und Unvorsichtigkeit einen Damm entgegenzustellen. Manche der s. g. allgemeinen Erfordernisse der Rechtsgeschäfte sind von der Art, daß sie, wollte man ihren Nachweis vom Kläger verlangen, sich doch nicht anders würden beweisen lassen, als eben nur aus den äußern Merkmalen der Rechtsgeschäfte selbst, z. B. Uebereinstimmung zwischen Willen und Erklärung oder wie man zu sagen pflegt: Mangel des Irrthums. Ferner läßt sich der Beweis der Abwesenheit mancher Hindernisse, die dem Existentwerden der juristischen Bedeutung der als äußere Merkmale erscheinenden facta entgegenstehen können, gar nicht erbringen. Zwar darf man nicht mit Albrecht (l. c. S. 190) behaupten, daß der Beweis des Mangels der Thatsachen, die auf solche Weise der Intention des Klägers entgegenstehen können, überall unmöglich sei, allein darin hat Albrecht Recht, daß wenn man dem Kläger den Beweis solcher Hindernisse aufbürden wollte, „der Beklagte dem Kläger tausend solche Hindernisse entgegenhalten und so sich beliebig von jeder Haftung frei machen könnte."

Dieselbe Billigkeit, welche verbietet, vom Beklagten den Nachweis der Rechtmäßigkeit des Zustandes, den er für sich hat und erhalten wissen will, bloß deßwegen zu fordern, weil ein Anderer diesen anficht (Note c S. 275), duldet auch nicht, daß dem Kläger die Realisirung seines Rechts durch Beweisauflagen weiter hinausgerückt wird, als es um jener auf den Beklagten zu nehmenden Rücksicht willen durchaus nothwendig ist. Man muß sich vergegenwärtigen, daß so gut als ein unredlicher oder ein nur vermeintlich berechtigter Kläger auftreten, ebenso gut auch ein Be-

klagter ohne Grund sich weigern kann, dem Kläger gerecht zu werden, und die Anzahl der Fälle letztgedachter Art, wenn man die Erfahrung zu Rathe zieht, wenigstens nicht geringer anzuschlagen sein dürfte, als die der grundlos erhobenen Klagen. So oft nun Jemand wirklich in seinem Rechte gekränkt ist, leidet derselbe schon immer Unrecht dadurch, daß er sich weder selbst Hülfe gegen die Rechtsverletzung verschaffen darf, noch auch solche vom Richter sofort erhält, im Gegentheile erst allerlei Weitläuftigkeit zu bestehen, eine Reihe processualischer Handlungen vorzunehmen hat, und bis zu deren Erledigung im Zustande der Rechtsverletzung ausharren muß[a]). Es wird ihm selbst dann auf diese Weise eine Unbill zugefügt, wenn er auch hinterdrein noch so vollständige Entschädigung erhält[b]).

Die Gesetzgebung muß daher bestrebt sein, das richtige Medium zu finden, damit den Rücksichten auf beide Parteien Rechnung getragen, und der Proceß nicht zu einer Waffe der Rücksichtslosigkeit, Chicane, Bosheit und dolus aller Art werde, nicht einer unverantwortlichen Negligenz und Indolenz gegen die Nebenmenschen Vorschub leiste[c]). Für den Beklagten hat sie aber unsers Erachtens hinreichend dadurch gesorgt, daß sie vom Kläger vor allen Dingen Darlegung der äußern Merkmale der Entstehung seines Rechts fordert, weil hierin, wie gezeigt, eine Basis für die Ueberzeugung des Richters liegt, welcher der vernünftige und vorsichtige Mensch

---

a) Briegleb, Einleitung in der summarischen Processe (Leipzig 1859), S. 173 ff.

b) Wer wollte behaupten, daß diese stets vollständig ausfalle oder ausfallen könne? Wer ersetzt dem Kläger den ausgestandenen Aerger, seine Angst vor dem Verluste der Sache, wer die vielen Entbehrungen, denen er häufig ausgesetzt ist, bloß weil er nicht zu dem Seinigen kommen kann?

c) L. 8 C. 3. 1. „Placuit, in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque, quam stricti juris rationem.“

im bürgerlichen Leben sich mit Zuversicht anvertrauet, andererseits aber es nur auf den Beklagten selbst ankommt, dieser Basis ihren Werth durch seinerseitige Thätigkeit zu entziehen.

§. 9.

Man könnte uns einwenden, daß wir hiermit den Richter angewiesen hätten, lediglich nach dem äußern Scheine zu urtheilen, der doch erfahrungsmäßig so häufig trüge; wer dieses bedenke, könne uns um so weniger beitreten, als die Gesetze z. B. in L. 23 C. 4. 19 und in allen Stellen, welche verlangen, daß der Kläger den Richter von der Richtigkeit seiner Intention überzeuge, ausdrücklich verlangen, der Kläger solle „probare", und falls er dieser Aufgabe nicht genüge, mit der Klage abgewiesen werden. Probare und einen äußern Schein herstellen, sei aber gar sehr von einander verschieden.

Allein wir bezweifeln, daß dieser Unterschied in der That bestehe, denn alle Momente der richterlichen Ueberzeugung reduciren sich am Ende auf äußere Eindrücke. Insofern kann man sagen, der Richter urtheile stets nach dem äußern Schein. Nur auf den Grad der Stärke desselben kommt es an.

Es ließe sich hierüber ein großes Capitel schreiben, die Anlage dieses Werks verbietet uns jedoch, mehr als einige gesetzliche Belege zu unserm Satze anzuführen.

Wenn in der L. 2 D. 2. 14.[a]) die bloße Rückgabe der Schuldverschreibung für eine Thatsache erklärt ist, aus welcher ein pac–

---

a) Labeo ait, convenire posse vel re, vel per epistolam, vel per nuntium; inter absentes quoque posse. Sed etiam tacito consensu convenire intelligitur. §. 1. Et ideo, si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit."

tum de non petendo erkannt wird, wenn es in der L. 95 D. 29.2. heißt „Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis" und ferner in L. 1 C. 8. 53. „Emtionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis, et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere", desgl. in L. 5 C. 4. 32. „Adversus creditorem majores usuras ex stipulatu petentem, si probetur per certos annos minores postea consecutus, utilis est pacti exceptio" und Nov. 117 c. 2 „Quodsi quis filium vel filiam ex libera uxore, cum qua matrimonium consistere potest, suscepit, et in instrumento, sive publico, sive propria manu conscripto et subscriptionem trium testium fide dignorum habente, sive in testamento, sive sub actorum testificatione illum vel illam filium suum vel filiam esse dicat, nec addat naturales, liberi illi legitimi erunt, neque ab ipsis ulla alia probatio exigetur, sed omnibus juribus fruentur, quae legitimis liberis leges nostrae praebent, quippe quum illorum pater eos, ut dictum est, liberos suos vocaverit. Exinde enim eum etiam cum matre eorum legitimum habuisse matrimonium demonstratur, ut neque ab illa in fidem matrimonii alia probatio requiratur. Si vero pater, quum multos habeat ex eadem muliere liberos, uni ex illis quocunque ex praedictis modo testimonium praebuerit, sufficit reliquis etiam ex eadem muliere natis ad jura legitimorum uni eorum a patre datum testimonium"; was ist dieses anders als ein Urtheilen nach dem äußern Schein [a])?

Und sind nicht bei allen Rechtsvermuthungen die Gesetze von diesem Gesichtspunkte ausgegangen, sind sie nicht oft noch viel

---

a) Vergl. noch §. 2 J. 1. 6. — §. 1 J. 1. 14. — §. 12 J. 3. 19. — L. 60 D. 50. 17. L. 22 C. 6. 42.

weiter gegangen, als wir dem Obigen zufolge dem Richter gestattet haben? Verschiedene Stellen des römischen Rechts z. B. §. 17 J. 3. 19. §. 8 J. 3. 20. sprechen es aus, daß durch Production einer vom Debitor nicht abzuleugnenden, gehörig eingerichteten Schuldurkunde ein genügender Beweis der Entstehung eines Forderungsrechts erbracht werden kann. Lediglich nach diesen äußern Merkmalen darf der Richter urtheilen, ob Wille und Erklärung des Schuldners übereinstimmen; ob derselbe willens- oder dispositionsfähig war, darüber braucht nichts vorzuliegen. Hier ist also unsere mehrgedachte Regel zur Anwendung gekommen. Sobald aber eine Schuldurkunde durchstrichen ist, genügt dieses äußere Zeichen allein, um daraus auf Tilgung der Schuld zu schließen [a]). Offenbar soll hier doch der Richter lediglich darauf seine Ueberzeugung gründen, daß das Durchstreichen geschriebener Sätze im gemeinen Leben die Bedeutung hat, daß auf das Geschriebene kein Gewicht mehr gelegt werden soll. Und doch weiset ein solcher Strich gewiß nicht so zuverlässig auf Tilgung hin, als jene obenerwähnten äußern Merkmale auf die Entstehung des Rechts.

Die an sich unsichtbare Thatsache der Zeugung wird gesetzlicher Bestimmung gemäß schon durch die äußern Thatsachen des Beischlafs und der binnen bestimmter Zeit danach erfolgten Geburt constatirt, ohne daß auf die nahe liegende Möglichkeit etwas ankäme, daß die Geburt des Kindes in einem, vielleicht gar erwiesenen, spätern Beischlafe mit einer andern Mannsperson ihren Grund haben kann. Dennoch wollen wir den Gesetzgeber nicht tadeln, da er jene Bestimmung in der sehr gerechten Absicht erlassen hat, um den an sich so höchst schwierigen Beweis der Abstammung nicht zu hoch zu steigern.

---

a) L. 24 D. 22. 3.

Der größte auf die äußere Erscheinung gebaute Beweis liegt wohl endlich darin, daß Alles, was sich im Hause des Mannes vorfindet, als sein Eigenthum der Frau gegenüber nach der bekannten praesumtio Muciana angesehen wird.

Zur Entstehung des Eigenthums durch Usucapion wird, abgesehen von andern uns hier nicht interessirenden Requisiten erfordert, daß der Besitz der Sache eine bestimmte Zeit ununterbrochen gedauert hat[a]). Da jedoch der Beweis, daß der Besitz auch keine einzige Secunde unterbrochen war, unverhältnißmäßig schwer herzustellen wäre, so ist der Richter schon zufrieden, wenn der Kläger beweiset, daß Besitz an zwei Endpunkten Statt gefunden habe, deren Zwischenraum nicht weniger als die Usucapionszeit beträgt[b]). Urtheilt der Richter hier nicht lediglich nach dem äußern Scheine? Man werfe nicht ein, die Fortdauer des einmal angefangenen Besitzes werde präsumirt. Daß dem nicht so ist, lehrt uns das Beispiel der gesetzlichen Voraussetzungen der rei vindicatio, denn hier muß der Beklagte zur Zeit der Litiscontestation im Besitz gewesen sein, und es genügt keineswegs, daß derselbe überhaupt jemals im Besitze war. Wie hätten denn die Gesetze auch wohl dergleichen aussprechen können, da ja Alles in der Welt ewigem Wechsel unterworfen ist!

§. 10.

Also das Urtheilen nach dem äußern Scheine, wenn man es nun einmal so nennen will, ist an sich vollkommen in der Ordnung, es kommt nur auf den Grad seiner Stärke an[c]). Daß nun die Gesetze sich für den Beweis der Entstehung eines Rechts auch regelmäßig in der That mit dem Beweise der facta begnügen, die

---

a) L. 3 D. 41. 3.

b) Puchta, Pand. §. 161.

c) Letzteres zeigt der §. 11 noch ausführlicher.

als äußere Merkmale erscheinen, ergeben die Stellen, in welchen diese Frage zur Sprache gebracht ist. Bestätigt wird die Sache durch den Gegensatz, indem in einer Reihe anderer Stellen der Beklagte, der den Mangel eines zu den Voraussetzungen des klägerischen Rechts gehörigen facti, welches kein äußeres Merkmal ist, behauptet, mit dem Beweise dieses Mangels belastet wird. Dieses bitten wir vorläufig als richtig anzunehmen, wir werden den Nachweis paßlicher an einem andern Orte liefern. Gegenwärtig nur einige Belege zu dem, was in Ansehung des Klägers behauptet ist.

Wenn der Kläger seine Freiheit behauptet hat, braucht er, um diese darzuthun, nicht mehr als die äußeren Merkmale deren Entstehung vorzulegen, also, daß er von einer freien Mutter geboren, oder freigelassen ist. Der letzte Beweis beschränkt sich aber auf die Darlegung des äußern Acts der Freilassung arg. L. 5 D. 22.3. L. 17 C. 4. 19.

Ferner ergiebt der bereits erwähnte Fall, dessen die L. 12 D. 22. 3 gedenkt, daß um die Entstehung seines Forderungsrechts den Erben gegenüber nachzuweisen, der Legatar nur die äußern Merkmale derselben, also Tod des Legirenden und Errichtung einer letztwilligen Disposition klar zu stellen hat[a]). Die erstgedachte Thatsache war in der L. cit. kein Gegenstand des Zweifels, abgesehen von ihr ist aber das bloße Vorlegen der Urkunde, welche die Aussetzung des Vermächtnisses ergiebt, für genügend, nicht der Beweis, daß diese Urkunde der letzte Wille war, also der Testirer mit diesem Willen verstorben ist, für erforderlich erklärt.

Wer eine Sache als sein Eigenthum auf Grund einer Schenkung in Anspruch nimmt, genügt der Beweislast, wenn er die Thatsache der Tradition und außerdem solche facta gewiß macht,

a) Wenigstens wird dem suus gegenüber nicht mehr vom Legatar darzuthun sein. Vergl. §. 11, 1.

welche seinen Willen, Eigenthum zu empfangen, sowie den Willen des Schenkers, solches zu übertragen, äußerlich ergeben. In letzterer Beziehung reicht es hin, wenn dieser Wille aus einer vorgelegten Schenkungsurkunde hervorgeht, welche äußerlich fehlerfrei erscheint. Zwar ist es möglich, daß deren Inhalt dem wahren Willen des Schenkers nicht entspricht, allein daß dieses der Fall sei, braucht der Schenknehmer nicht zu beweisen. Arg. L. 18 C. 4. 19. Die schon einmal (not. b z. S. 277) erwähnte L. 12 C. 4. 19 giebt ein vielleicht noch deutlicheres Beispiel. Die Kaiser Diocletian und Maximian haben hier klar ausgesprochen, worauf sich der Beweis zu erstrecken habe, wenn Entstehung des Eigenthums durch Kauf behauptet ist. Lediglich die äußern Merkmale sind es, welche außer Ungewißheit gesetzt werden sollen.

§. 11.

Die äußerlich wahrnehmbaren Thatsachen, aus denen die Entstehung eines Rechts[a]) erkannt wird, sind nicht immer dieselben, vielmehr werden, je nachdem die Umstände, unter denen das Recht entstanden sein soll, verschieden sind, zu seiner Erkennbarkeit bald mehr bald weniger äußere facta außer Ungewißheit sein müssen. Aus diesem Grunde haben wir bei Gelegenheit der oben (§. 8 Abs. 1) gegebenen Definition der äußern Merkmale der Entstehung von Rechten bereits die Nothwendigkeit einer Berücksichtigung der concreten Sachlage hervorgehoben. Folgende Betrachtungen werden unsere Behauptung näher erläutern und rechtfertigen:

1. Wer von dem Beklagten als Erben ein Legat fordert, muß behuf Nachweises der Entstehung seines Rechts dem extraneus gegenüber auch dessen Erbschaftsantretung darthun, es ge-

---

a) d. h. eines und desselben Rechts.

nügt nicht der dem suus gegenüber allein hinreichende Beweis der formgerechten Errichtung einer letztwilligen Disposition und des Todes des Disponenten. Nur wer wirklich Erbe geworden ist, steht dem Legatar als Schuldner gegenüber, ersteres weiß der Richter vom extraneus aber nicht anders, als wenn er Gewißheit über die abseiten desselben vorgenommene Erbschaftsantretung[a]) erlangt hat, daher der Kläger solche Handlungen vorlegen muß, in denen sich der Wille des Beklagten, Erbe zu sein, klar zu erkennen giebt. Zwar kann der suus sich auf das beneficium abstinendi berufen und dadurch die Klagabweisung erreichen, ohne daß ihn in dieser Hinsicht ein Beweis träfe[b]); im Gegentheile ist es Sache des Klägers, durch den Nachweis der immixtio jenen ihm nachtheiligen Einfluß der Berufung auf das beneficium abzuwenden. Indeß dieser Beweis ist nicht, wie der einer erfolgten Erbschaftsantretung des extraneus, ein Beweis der Klagethatsache, sondern er erscheint als Replikenbeweis. Der suus heres darf abstiniren, weil er suus ist (s. d. not. b), hierin besteht die (freilich nicht alleinige) juristische

---

a) Als quasi-contractliche Handlung, die in der Klage sofort angegeben werden muß. Letztere wird angebrachtermaßen abzuweisen sein, falls diese Angabe fehlt, ebenso wenn überhaupt daraus nicht hervorgeht, ob Beklagter als suus oder extraneus Erbe geworden. Wäre das Eine oder Andere nicht geschehen, so würde der Richter nicht beurtheilen können, ob die Klage nur einigermaßen einen realen Boden habe oder Folge einer unrichtigen Beurtheilung von Thatsachen sei, und eine gehörige Einlassung des Beklagten wäre ebenso wenig möglich.

b) Diejenigen, welche den suus mit dem Beweise der nicht erfolgten Immixtion belasten wollen, übersehen, — wie Mühlenbruch in seiner Fortsetzung des Glück'schen Commentars (Bd. 42 S. 394) richtig andeutet, — daß die Befreiung von dem Anspruch des Legatars nicht durch ein in der Vergangenheit liegendes factum bedingt ist, sondern die bloße, an keine Zeit oder Form gebundene Erklärung des suus, abstiniren zu wollen, hinreicht. L. 21 D. 26. 8. „Die factische Voraussetzung, worauf das jus abstinendi zunächst beruht, ist eben keine andere, als die wodurch der Erwerb der Erbschaft ipso jure begründet wird, nämlich die Eigenschaft eines suus heres."

Bedeutung dieses Umstandes, will der Legatar den nachtheiligen Einfluß derselben hindern, so hat er Handlungen vorzulegen, welche eine immixtio ergeben. In der Klage braucht er davon aber nichts zu sagen, da er ja nicht weiß, ob der Beklagte sein beneficium als Einrede geltend machen will.

2. Sehen wir nun aber einmal von der Erbschaftsantretung ab, so reicht, wie bereits bemerkt, der Legatar bei vorhandener Gewißheit über den Tod des Vermächtnißgebers regelmäßig mit dem Beweise aus, daß ihm das Geforderte in einer äußerlich fehlerfreien letztwilligen Disposition ausgesetzt sei. Angenommen, er fordert 200 Thlr., so muß er nachweisen, daß ihm ein Legat von dieser Summe ausgesetzt ist, oder zwei Summen, die zusammen so viel betragen, und wenn nur nicht jede gerade 100 ausmacht, wird er seinen Beweis durch Vorlage eines Testaments oder Codicills erbringen, worin seine Behauptung niedergeschrieben ist. Der Umstand, daß die Urkunde zwei zu seinem Besten angeordnete Legate von je 100 enthält, genügt zum Beweise aber so wenig, als dieses der Fall sein würde, wenn er in der Klage auf Zahlung zweier Legate von je 100 gedrungen hätte. Denn hätte der Verstorbene ihm 200 zuwenden wollen, so wäre es viel natürlicher und einfacher gewesen, statt zweier Summen von 100 eine einzige von 200 auszusetzen, die zweimalige Aussetzung derselben Summe in 1 Urkunde weiset wohl eher darauf hin, daß der Testator ein Versehen beging, indem er bei Aussetzung der zweiten 100 dessen, daß er bereits 100, die der Legatar überhaupt nur heben sollte, angeordnet habe, nicht eingedenk war. Wegen des Verdachts solchen Versehens liegt wenigstens nicht genau genug vor, daß der Wille des Testators auf zwei Legate gerichtet war, und deßhalb muß nach L. 34 §. 3 D. de leg. I. noch der Beweis vom Legatar geführt werden, „testatorem multiplicare legatum voluisse.“ Es müssen also noch Thatsachen klar gestellt werden, welche es gewiß machen, daß die zweite An-

ordnung des Testators nicht als Wiederholung sondern Verdoppelung aufzufassen sei.

Ganz anders liegt die Sache, wenn Kläger behauptet, daß ihm 100 im Testamente und 100 in einem spätern Codicill ausgesetzt seien. Diese Thatsachen, wenn sie wahr sind, ergeben hinreichende Ueberzeugungsmomente für die Entstehung zweier legirten Forderungen. In der zwischen Errichtung des Testaments und Codicills liegenden Zeit kann gar manches sich ereignet haben, was den Verstorbenen zu einer ausgedehnteren Liberalität bewog, im Gegensatze zu dem vorigen Falle ist gerade der Umstand, daß der Verstorbene noch eine zweite letztwillige Disposition aufrichtete, ein äußeres Merkmal, welches den Richter zu der Annahme veranlaßt, ,,testatorem duplicare legatum voluisse.'' Vergl. L.12 D. 22. 3[a]), dieses braucht daher nicht besonders bewiesen zu werden.

3. Wer eine ihm legirte im Nachlasse oder im Vermögen des Erben befindliche Sache von letzterem einklagt, braucht [b]) nur die Thatsache darzuthun, daß der Erblasser eine desfallsige formgerechte letztwillige Verfügung traf. Hätte aber der Verstorbene ihm eine fremde Sache bestimmt, so genügte der Beweis jener Thatsache nicht, sondern er wäre nach L.21 D.22.3 noch darauf auszudehnen, ,,scisse alienam rem legare defunctum'', denn an und für sich kann der Testator über die Sache, die ihm oder dem Erben gar

---

a) Quingenta testamento tibi legata sunt; idem scriptum est in testamentis postea scriptis. Refert duplicare legatum voluerit, an repetere, et an oblitus, se in testamento legasse, id fecerit. Ab utro ergo probatio ejus rei exigenda est? Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit; sed interdum probationes quaedam et a reo exiguntur. Nam si creditum petam, ille respondeat: solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est; et hic igitur, quum petitor duas scripturas ostendit, heres, posteriorem inanem esse, ipse heres id approbare judici debet."

b) Gewißheit der übrigen Klagethatsachen vorausgesetzt.

nicht gehört, auch nicht disponiren, er kann nur anordnen, sein Erbe solle sie kaufen und dem Legatar liefern, event. ihren Werth geben. Das ist es denn auch eigentlich, was Kläger behaupten will, wenn er die fremde Sache vom Erben einklagt. Um nun eine derartige vom Verstorbenen dem Erben gemachte Auflage annehmen zu können, genügt nicht, daß der erstere letztwillig verfügt hat, „dem Titius" (nämlich dem Kläger) „vermache ich das in meinem Stalle stehende braune Pferd", denn solche Anordnung kann in Ansehung eines fremden Pferdes nur dann den vom Kläger behaupteten Sinn haben, wenn der Erblasser wußte, daß das Thier ihm nicht gehöre[a]).

4. Wer als Darlehnskläger auftritt, hat im Allgemeinen nur die getroffene Vereinbarung und Zahlung des Darlehns darzuthun. Damit reicht er aber natürlich nicht aus, falls er wegen eines Darlehns klagt, welches einem Dritten gegeben wurde, der in einem Repräsentationsverhältnisse zum Beklagten stand. Indeß je nach der Art dieses Verhältnisses müssen bald mehr bald weniger Thatsachen klar gestellt werden, welche ersehen lassen, daß das klägerische Recht dem Beklagten gegenüber entstand, obgleich er bei dem Rechtsgeschäfte gar nicht concurrirte. Wenn z. B. die Vorsteher einer Corporation das Darlehn aufnehmen, kann die Klage (abgesehen von dem Falle, da die Vorsteher autorisirt wurden oder die Corporation noch hinterdrein genehmigte) nur dann mit Wirksamkeit gegen die Corporation angestellt werden, wenn der Kläger beweiset, daß das Darlehn in ihren Nutzen verwandt wurde. Nov. 120. c. 6. §. ult. vergl. mit L. 27 D. 12. 1. Denn die Vorsteher sind keine solche Repräsentanten, welche durch ihre Handlungen ohne Weiteres die Corporation verpflichten, wie dieses in Ansehung des Vormunds der Fall ist. Der Pupill haftet aus den

---

a) Arg. §. 4 J. 2. 20.

Handlungen des Vormunds, kann indeß dagegen restituirt werden, wobei ihn der Beweis, daß das Geld ihm nicht zu Gute kam, treffen wird. L. 5 C. 2. 22[a]). Wäre endlich von dem Darlehnsgeber gegen den exercitor geklagt, so würde zu beweisen sein, daß das Darlehn ausdrücklich zur Bestreitung von Ausgaben, welche mit der Schifferei zusammenhangen, insonderheit z. B. zur Reparatur des Schiffs gegeben sei und daß ein solches Bedürfniß auch wirklich vorhanden gewesen, L. 7 D. 14. 1., eine Forderung, welche das Gesetz mit Berücksichtigung des besondern Verhältnisses gemacht haben dürfte, indem es den exercitor gegen nachtheilige Folgen eines Credits schützen wollte, den andererseits nicht zu sehr zu erschweren sein eigenes Interesse gebietet. Vergl. Göschen, Pand. §. 531. Und eine ähnliche Bewandniß hat es mit der Klage aus dem einem institor gegebenen Darlehn und der dabei dem Kläger obliegenden Beweislast. S. hierüber Glück l. c. §. 892 L. 7 cit. §. 2. L. 13 D. 14. 3. L. 1 C. 4. 25.

5. Der Beweis eines legatum debiti hat im Allgemeinen nichts, ihn vom Beweise anderer Legate Unterscheidendes. Insonderheit braucht, wenn eine bestimmte Summe vom Testator genannt ist, darüber, daß derselbe sie dem Legatar wirklich schuldet, kein Nachweis geliefert zu werden, der Legatar erwirbt ein Recht auf Zahlung derselben selbst dann, wenn auch eine Schuld gar nicht bestand, denn der liberale Wille des Testators ist es allein, worauf es ankommt[b]), geht aus der letztwilligen Disposition nur dieser animus deutlich hervor, so genügt das allein. Daher ändert

---

a) Daß die L. 3 C. 5. 39. nicht entgegensteht, zeigt Glück l. c. Bd. 12 §. 782 S. 54. Der Pupill braucht freilich diese Restitution nicht besonders nachzusuchen, sondern kann aus der Laesion eine Einrede hernehmen und das Restitutionsgesuch damit verbinden; vergl. Weber l. c. VI, 11. S. 200.

b) Wenn nichts legirt wäre, was als Liberalität anzusehen ist, wäre das Legat nichtig. Ein Beispiel s. in L. 29 D. 23. 3. vergl. §. 14 J. 2. 20.

sich die Sache in dem Falle, wo der Honorirte eine Person ist, die (wie z. B. das uneheliche Kind in Concurrenz mit legitimen Descendenten) überhaupt über eine bestimmte Summe hinaus nichts erhalten kann, und bis auf dieses Maaß bereits im Testamente bedacht ist. Denn hier liegt die einzige Möglichkeit, ein Mehr aus dem Nachlasse zu bekommen, in dem Vorhandensein einer von des Testators Willen unabhängigen Forderung, welche, da das Bekenntniß des Testators, wegen Verdachts einer Umgehung des Gesetzes [a]) keine Gewißheit bietet, und man also darüber in Zweifel bleibt, inwiefern die vermachte Forderung einen realen Boden habe oder auf Liberalität beruhe, besonders nachgewiesen werden muß. Der Legatar hat demnach ganz denselben Beweis der Entstehung seiner angeblichen Forderung dem Erben gegenüber zu führen, der ihm obgelegen hätte, wenn er gegen den Testator selbst aufgetreten wäre [b]).

6. Der Kläger, welcher ein durch letztwillige Disposition entstandenes Recht in Anspruch nimmt, genügt in der Regel der Beweislast, wenn er den Tod des Disponenten (nöthigenfalls auch die Erbschaftsantretung) nachweiset, und eine formell gültige

---

a) Eine ähnliche Bewandniß hat es mit dem Beweise beim tacitum fideicommissum in L. 3 D. 22. 3. worüber zu vergl. Glück Bd. 21. S. 248 ff.

b) L. 27 D. 22. 3. „Qui testamentum faciebat ei, qui usque ad certum modum capere poterat, legavit licitam quantitatem; deinde ita locutus est: Titio centum do lego, quae mihi pertulit, quae ideo ei non cavi, quod omnem fortunam et substantiam, si quam a matre susceperat, in sinu meo habui sine ulla cautione. Item eidem Titio reddi et solvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quae ego ex reditibus praediorum ejus, quorum ipse fructum percepi et distraxi, item de Calendario, si qua a matre receperat Titius, in rem meam converti. Quaero an ea Titius exigere potest? Respondi: Si Titius suprascripta ex ratione sua ad testatorem pervenisse probare potuerit, exigi; videri enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adjecisse.“

Urkunde vorlegt, deren Inhalt ihm, was er durch die Klage verlangt, zuweiset.

Indeß in den Quellen finden sich auch Fälle entschieden, in denen der Kläger sich auf eine letztwillige Verfügung beruft, die zwar den Sinn, welchen er ihr unterlegt, haben, die Entstehung seines Rechts ergeben kann, gleichwohl dafür wegen einer unter den obwaltenden Umständen möglichen oder gar näher liegenden anderen Bedeutung der Disposition kein sicheres Merkmal bietet. Dieserhalb wird Nachweis anderweiter Thatsachen verlangt, aus denen mit Zuverlässigkeit hervorgeht, daß der letztwillig Disponirende gerade dasjenige gewollt habe, was der Kläger verlangt. Ein hierher gehöriger Fall findet sich in der L. 6 i. f. C. 6. 21. Nach der L. 4 §. 2 D. 28. 6. sollen die vom Testator gebrauchten Worte: „eosque invicem substituo", womit er zwei Personen, von denen er die eine pupillariter substituiren konnte, die andere aber nicht, einander wechselseitig substituirt hat, nur als eine Vulgar-Substitution gelten „incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset snbstitutio, in altero sola vulgaris." Zwar konnte ein miles auch nach dem Antritt der Erbschaft in secundum gradum wechselseitig substituiren, in dem Falle jedoch, dessen unsere Coderstelle gedenkt, kann die darauf gerichtete Absicht des Testators aus der bloß wechselseitigen nur als einfache geltenden Substitution, die der miles vornahm, nicht mit Sicherheit entnommen werden und deßhalb soll der Kläger, wenn er diese Absicht behauptet, Beweis darüber erbringen. Andere Fälle finden sich in L. 62 D. 28. 5 [a]) L. 88 §. 11 D. de leg. II. [b]) L. 40 §. 1

a) „Quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet: quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat, et ad designationem nominis singulari nomine utatur, nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit."

b) „Lucius Titius Damam et Pamphilum libertos suos ante bien-

D. 40. 4.[a]) L. 7 D. 34. 1. L. 29 D. 23. 3. L. 19 C. 5. 12. (wobei überall z. vergl. die Glosse.)

7. Die Beweislast des Cessionars kann je nach der causa cessionis eine verschiedene sein. Der Cessionar muß diese in der Klage angeben, weil sonst der Beklagte sich so wenig auf dieselbe gehörig einlassen kann, als der Richter im Stande ist, das Verhältniß materiell zu beurtheilen. Behauptet Kläger nun, auf Grund einer Liberalität des Cedenten Inhaber der Forderung geworden zu sein, so wird er z. B. durch Vorlage einer formgerechten Schenkungsurkunde oder letztwilligen Verfügung, worin ihm die Forderung legirt ist[b]), seinen Beweis führen[c]), denn der bloße Wille des Cedenten, die Forderung auf einen Andern ohne Entgelt und ohne daß er rechtlich dazu gehalten ist, zu übertragen, vermag deren

---

nium mortis suae de domo dimisit, et cibaria, quae dabat, praestare desiit; mox facto testamento ita legavit: quisquis mihi heres erit, omnibus libertis meis, quos hoc testamento manumisi, et quos ante habui, quosque, ut manumittantur, petii, alimentorum nomine in menses singulos certam pecuniam dato. Quaesitum est: an Damae et Pamphilo fideicommissum debeatur? Respondi: secundum ea, quae proponerentur, ita deberi, si hi, qui peterent, manifeste docerent, eo animo circa se patronum, quum testamentum faceret, esse coepisse, ut his quoque legatum dari vellet; alioquin nihil ipsis praestatur."

a) ,,Sed et quum sub conditione servo libertas per fideicommissum detur, et ipse praesenti die daretur, non aliter tradere eum cogetur, quam ut caveatur, existente conditione libertati eum restitutum iri; nam in omnibus fere causis fideicommissarias libertates pro directo datas habendas. Sed Ofilius ajebat: si adimendi legati causa fideicommissariam libertatem testator dedisset, ea vera esse. Si vero onerari heredem a testatore legatarius ostenderit, aestimationem nihilominus legatario praestandam."

b) §. 21 J. 2. 20 L. 18 C. 6. 37.

c) Natürlich hat der Beklagte die Befugniß, darzuthun, daß die Schenkung simulirt war; wer das behauptet, hat eine leugnende (§. 12.) Einrede opponirt.

Uebergang, wenn der Andere nur damit einverstanden ist, zu bewirken. Anders gestaltet sich aber die Sache, wenn der Kläger einen Kauf der Forderung für sich anführt. Hier würde es, wenn die Angabe der causa ihren Zweck erreichen soll, nie genügen können, daß er bloß sagt: „ich habe gekauft", damit wüßte der Richter noch nicht, ob Kläger bei seiner Behauptung von richtigen Prämissen ausgeht; zu den Erfordernissen des Kaufs gehört pretium certum[a]). Eine Klage, welche nichts von der Höhe des Kaufpreises sagt, müßte angebrachtermaßen zurückgewiesen werden. (Vergl. d. Abh. IX. §. 4, II.) Behauptet nun der Beklagte, daß ein Verstoß gegen das Anastasianische Gesetz begangen sei, so hat er eine Klagethatsache geleugnet, und Kläger hat daher Gleichheit der Valuta mit der Summe der cedirten Forderung zu beweisen. Mit Unrecht haben Bethmann-Hollweg[b]), Weber u. A. vom Beklagten den Beweis eines Verstoßes gegen das Gesetz verlangt; nach ersterem braucht nur der Kauf nachgewiesen zu sein, stehe dieser fest, so könne Kläger zu keinem Beweise mehr gehalten sein, da der Kauf regelmäßig die Rechte ertheile, die der Kläger geltend mache, Beklagter also, wenn er eine Ausnahme von dieser Regel für sich in Anspruch nehme, deren Stattnehmigkeit durch Beweis ihres Grundes, Verletzung des Gesetzes, darthun müsse. Dabei ist aber übersehen, daß nicht jedes Kaufgeschäft, sondern nur dasjenige die vom Kläger verfolgten Rechte ertheilt, welches unter Beobachtung der L. Anastasiana abgeschlossen ist, letztere ist gesetzlich zur Klagethatsache erhoben worden[c]). Es dreht sich doch offenbar der Streit um die Frage, ob der behauptete Kauf wirklich zu Stande kam, diese Entscheidung kann der Richter zu Gunsten des Klägers

---

a) v. Vangerow Pand. §. 632, Anmerkg., l. 2. c.

b) l. c. S. 357.

c) S. hierüber v. Vangerow Pand. §. 576. Anmerkg. 2.

nicht abgeben, so lange kein pretium certum vorliegt. So wenig eine actio emti auf Uebergabe einer körperlichen Sache durchbringen wird, wenn der Kläger das pretium nicht angegeben, und soweit es geleugnet ist, bewiesen hat, so wenig kann dieses in Ansehung der Klage auf Zahlung der gekauften Forderung angenommen werden. Die Gegner setzen aber ganz unzulässigerweise überall einen perfecten, zu Recht beständigen Kauf voraus. — Auch die von Bethmann-Hollweg herangezogene Analogie des Beweises bei der behaupteten Verletzung der L. Falcidia ist nicht im Stande seine Ansicht zu unterstützen, weil nicht par ratio vorliegt. Den Legatar trifft der Beweis der Beobachtung des Falcidischen Gesetzes nicht, weil diese keine Thatsache ist, die als äußeres Merkmal der Entstehung seines Rechts erscheint, bei dem Forderungskaufe ist die Sache gerade umgekehrt, der Käufer muß beweisen, um wieviel er gekauft hat, weil die Verabredung eines bestimmten Preises eine Thatsache ist, die ein äußeres Merkmal der Entstehung seines Rechts bildet. Dieses letzte Argument muß allein unsere Ansicht rechtfertigen, wenn man auch alle anderen dafür angeführten Gründe verwerfen wollte[a]).

8. Wir haben bereits mehrmals angeführt, daß der Erbe oder Legatar, der sein Recht aus einer letztwilligen Verfügung ableitet, auch den Tod des Disponenten nachzuweisen habe. Dieser Pflicht genügt er auch dadurch, daß er einen Selbstmord desselben vorlegt. Aber nicht überall verhält sich dieses so, im Gegentheil ersehen wir aus der L. 2 C. 6. 22[b]), daß die besondern Umstände

---

a) Die herrschende Meinung ist mit der unsrigen übereinstimmend, wenn auch aus andern Gründen. Zur Unterstützung wird namentlich angeführt, daß durch Annahme des Gegentheils das Gesetz zu leicht umgangen werden könnte.

b) Ob diese Vorschrift h. z. T. noch Geltung habe, wollen wir nicht unter-

den Erben oder Legatar noch zu einem weitern Beweise verpflichten können. Die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren hier an den Viator und Pontia: „Si is, qui te cum uxore tua heredem scripsit, quando testamentum ordinavit, sanae mentis fuit", (diese Frage interessirt uns hier nicht weiter), „nec postea alicujus sceleris conscientia obstrictus, sed ut impatiens doloris, aut aliqua furoris rabie constrictus se praecipitem dedit, ejusque innocentia liquidis probationibus commendari potest a te, adscitae mortis obtentu postremum ejus judicium convelli non debet. Quodsi futurae poenae metu voluntaria morte supplicium antevertit, ratam voluntatem ejus conservari, leges vetant." Dem Criminalisten wird diese Stelle wenig Schwierigkeit machen, zumal wenn er jene vortrefflichen Untersuchungen gelesen hat, die Wächter im 10. Bande des neuen Archivs für Criminalrecht über die Strafbarkeit des Selbstmordes nach römischem Rechte veröffentlicht hat. Soweit es für unsern Fall Interesse hat, führen wir von den römisch rechtlichen Grundsätzen nur Folgendes an: der Selbstmord als solcher wurde — abgesehen von dem des Soldaten — nicht bestraft, er hatte insofern auch keinen Einfluß auf testamentarisches oder Intestat-Erbrechte, ja! bis auf Trajan konnte der Selbstmord sogar ein Mittel sein, der Confiscation des Vermögens vorzubeugen[a]), falls er vor der Verurtheilung wegen eines dem Selbstmörder zur Last gelegten Verbrechens, welches Vermögensverlust nach sich zog, Statt fand. Danach aber änderte sich dieses: Wer ein Verbrechen der gedachten Art begangen hatte, und sich vor der

---

suchen, uns genügt, daß darin ein Beleg zu unserm z. Anfang dieses §. aufgestellte Satze enthalten ist.

a) Daher von Tacitus als pretium festinandi bezeichnet. Ein Beispiel ist der Selbstmord des Licinius Macer, von dem Valerius Maximus (L. 9, c. 12, Nr. 7) berichtet.

Verurtheilung entleibte, sollte in dem Falle sein Vermögen dennoch verlieren, also in keiner Weise beerbt werden oder wirksame Legate hinterlassen können, wenn er entweder auf der Begehung des Verbrechens ertappt, oder nach begonnener Anklage sich tödtete. Darin, daß der Angeklagte sich selbst um's Leben brachte, erblickten die römischen Criminalisten ein genügendes Indicium für das Schuldigsein, der Selbstmörder hatte gleichsam ein Bekenntniß der That auf diese Weise abgelegt. Aber es wurde den Erben gestattet, seine Unschuld darzuthun, und zwar wurde es damit gar nicht so genau genommen, sondern wenn nur irgend ein anderer Grund des Selbstmords sich nachweisen ließ, stand man von der Confiscation ab [a]).

L.3 D.48.21. ,,Qui rei postulati, vel qui in scelere deprehensi metu criminis imminentis mortem sibi consciverunt, heredem non habent .... §. 1. Ut autem divus Pius rescripsit, ita demum bona ejus, qui in reatu mortem sibi conscivit, fisco vindicanda sunt, si ejus criminis reus fuit, ut, si damnaretur, morte aut deportatione afficiendus esset. §. 4. Si quis autem taedio vitae, vel impatientia doloris alicujus, vel alio modo vitam finierit, successorem habere, divus Antoninus rescripsit. §. 8. De illo videamus: Si quis conscita morte, nulla justa causa praecedente in reatu decesserit, an, si parati fuerint heredes causam suscipere, et innocentem defunctum ostendere, audiendi sint, nec prius bona in fiscum cogenda sint, quam si de crimine fuerit probatum, an vero omnimodo publicanda sint. Sed divus Pius Modesto Taurino rescripsit: si parati sint heredes defensio-

---

a) L. 3 §. 5 D. 48. 21. Hier erklärt Hadrian in Ansehung des Vaters, der sich, der Tödtung seines Sohnes angeklagt, selbst entleibte, es sei doch eher anzunehmen, daß der Vater sich über den Verlust seines Sohnes den Tod gegeben habe, weßhalb sein Vermögen nicht confiscirt werden solle.

nem suscipere, non esse bona publicanda, nisi de crimine fuerit probatum."

Einen Fall der letztgedachten Art entscheidet allem Gesagten zufolge auch unsere L. 2 C. 6. 22. Die Erben sollen das Indicium beseitigen, welches im Selbstmorde ihres Testators liegt, und vielleicht (obgleich dies gar nicht nothwendig ist) noch durch andere adminiculirende Umstände verstärkt wird. Wir sehen also hier deutlich, wie die besondern Umstände, unter denen ihr Recht entstanden (nämlich der Tod erfolgt) sein soll, hier noch den Beweis von Thatsachen erforderlich machen können, von denen in andern Fällen des Selbstmords keine Rede sein würde.

§. 12.

Hätten sich die Gesetze in Ansehung des Beweises der Klage nicht mit der Gewißheit nur der äußern Merkmale der Entstehung von Rechten begnügen wollen, so bleibt es völlig unerklärlich, wie sich in den Quellen Aussprüche der in §. 10. gedachten Art, und manche andere ganz allgemein redende z. B. L. 18 C. 4. 19, wie auch L. 5 D. 22. 3.[a]), welche anzuführen der Raum fehlt, finden können. Die fraglichen Stellen liefern aber auch die überzeugendste Gewißheit, daß wenn allerdings im Allgemeinen feststeht „actore non probante, reus absolvitur", unter dem probare nicht mehr als das Feststellen der mehrerwähnten äußern Merkmale verstanden werden kann. Darin liegt lediglich ein Postulat der billigen Rücksicht auf die Interessen des Klägers, keine Bevorzugung desselben, vielmehr eine Gleichstellung beider Parteien[b]). Eine empörende Ungerechtigkeit würde es dagegen sein,

---

a) „Ab ea parte, quae dicit, adversarium suum aliquo jure prohibitum esse, specialiter lege vel constitutione, id probari oportere.)

b) Albrecht, Exceptionen S. 191, not. 8. „Man hat in neuerer Zeit

wenn man dem Richter erlaubte, auf den bloßen Beweis des Klägers hin diesem das angesprochene Recht zuzuerkennen. Gegen diesen Gedanken haben wir uns von vorn herein verwahrt, wir haben schon zu Anfang angedeutet, daß dem Beklagten gestattet sein müsse, durch seinerseitige Thätigkeit, den Einfluß der den klar gestellten Klagethatsachen zukommenden juristischen Bedeutung zu bestreiten[a]), es fragt sich also jetzt, wie solches mit Erfolg geschehen könne.

Es stehen ihm drei Wege zur Erreichung dieses Ziels offen, er kann nämlich seinerseits Thatsachen[b]) klar stellen, welche vermöge der ihnen zukommenden juristischen Bedeutung zeigen:

I. daß jene Bedeutung der Klagethatsachen in concreto niemals existent geworden, das klagend verfolgte Recht also niemals vorhanden gewesen sei,

---

geklagt, daß der Kläger durch eine dem wahren Sachverhältniß entgegenstehende zu kurze Erzählung der Klagsgeschichte dem Beklagten manchen Beweis überbürde, den eigentlich er (Kläger) zu übernehmen hätte; aber diese Gelegenheit fände sich bei dem Beklagten noch weit reichlicher, wenn man ihm, wie viele wollen, erlaubte, alle die Entstehung des Klagerechts hindernden Thatsachen in der Sphäre der unmittelbaren Klagsbeantwortung oder Litiscontestation vorzubringen."

a) S. aber auch noch d. Abh. über Gegenbeweis §. 2 und Mittermaier im Archiv Bd. 6 S. 347. 348 über das Berner Gesetzbuch von 1821, Art. 175.

b) Wenn der Beklagte dem Klagerecht ein Recht entgegensetzt (z. B. bei der Einrede der Compensation), muß dieses auf Thatsachen zurückgeführt werden. (Es rechtfertigt sich also, wenn wir im Texte bloß von Thatsachen reden.) Von diesen Thatsachen braucht der Beklagte aber nur immer die als äußere Merkmale der Entstehung seines Rechts erscheinenden zu beweisen. Denn es treffen hier alle Gründe zu, welche den Beweis des vom Kläger verfolgten Rechts auf die äußern Merkmale einzuschränken gebieten.

Die Fälle, wo Einreden in Behauptung bloßer Thatsachen bestehen, sind bei weitem häufiger, als die in der Anführung von Rechten bestehenden. Auch ist es ein Irrthum, wenn selbst große Autoritäten behauptet haben, die exceptio des römischen Rechts enthalte immer die Berufung auf ein Recht. Wetzell l. c. S. 100 not. 16. Becker, process. Consumtion 93 ff.

II. daß obwohl sie existent geworden, und wirklich das in Frage stehende Recht bewirkt habe, dieses Recht doch in der Folge wieder untergegangen, oder daß es

III. wenn auch noch vorhanden, wenigstens unwirksam sei.[a])

Jede Behauptung einer unter die vorstehenden drei Rubriken fallenden Thatsache dürfen wir mit Rücksicht darauf, daß dadurch die Wahrheit der Klagethatsachen selbst nicht in Abrede gestellt ist, und unter der Voraussetzung, daß man uns rücksichtlich der Grenze des Gebiets der Klagethatsachen beistimmen wird, eine Einrede i. w. S. nennen, denn so verschieden der Begriff der Einreden auch angegeben wird, und so sehr bestritten in einzelnen Fällen ist, ob eine Behauptung als Einrede erscheine, so dürfte doch so viel feststehen, daß man den Ausdruck „Einrede" nie in dem Falle gebraucht, wo sich der Beklagte durch Negation[b]) solcher Thatsachen, die zur Begründung der Klage erforderlich (d. h. Klagethatsachen sind[c]), oder durch s. g. rechtliche Gegendeductionen (die für uns ganz außer Betracht bleiben) zu vertheidigen sucht, und da es außer den Einreden andere als diese zwei zuletzt erwähnten Arten der Vertheidigung gegen die Klage nicht giebt, so darf Alles, was dergleichen Negation und Deduction nicht ist, zu den Einreden i. w. S. gerechnet werden[d]).

a) Daß und an welcher Stelle des ersten Verfahrens die Thatsachen der einen oder andern der drei aufgeführten Arten vorgebracht werden müssen, ist hier nicht weiter auseinanderzusetzen.

b) D. h. pure, oder motivirte Verneinung.

c) Bayer S. 609, 2.

d) Die meisten Versuche einer Feststellung der Beweislast haben es darin versehen, daß entweder der Begriff der Einreden nach der Beweislast oder umgekehrt diese danach bestimmt wird, ob eine vom Beklagten aufgestellte Behauptung als Einrede erscheint. Beides ist völlig unpassend. Kriterium der Einrede und Grund der Beweislast ist ein und dasselbe: Behauptung von Thatsachen, welche den Einfluß beseitigen sollen, den die juristische Bedeutung feststehender Klagethatsachen auf den Ausgang des Processes zum Nachtheile des Beklagten ausüben würde, wenn der Beklagte unthätig bliebe.

Der Kürze halber wollen wir nun die Behauptungen der sub I. gedachten Thatsachen „leugnende“, die der sub II. aufgeführten „vernichtende“, und die der sub III. rubricirten „excipirende“ Einreden nennen, wobei wir zur Vermeidung von Mißverständnissen ein für alle Male bemerken, daß so oft wir uns des Ausdrucks „leugnende Einreden“ in der Folge bedienen werden, dabei niemals an die in §. ultim. z. A. des letzten Absatzes erwähnten „negativen Einreden“ zu denken ist.

Zur bessern Uebersicht der nachfolgenden Erörterungen wollen wir diese drei Arten von Einreden auf dreifache Art unterabtheilen, je nachdem sie nämlich vorgeschützt sind mit Beziehung zu einem Subjecte des in der Klage behaupteten Rechtsverhältnisses, oder dessen Objecte, oder einer darin vorkommenden Thatsache[a]).

§. 13.

I. Leugnende Einreden. Hier sind Thatsachen behauptet, welche ipso jure das Existentwerden der juristischen Bedeutung der Klagethatsachen verhindern. Diese Einreden können hergenommen sein:

1. Aus einem Subjecte.

a) Eine leugnende Einrede ist der dem auf die Usucapion sich stützenden Kläger entgegengesetzte Einwand der mala fides.

---

a) Eine solche Thatsache kann eine aus der Willkür des oder der Subjecte hervorgegangene, oder eine zufällige sein.

Es mag indeß, sofern es nöthig sein sollte, noch besonders bemerkt werden, daß der Ausdruck „Thatsache“ hier nicht den weitern Sinn hat, wie in den frühern Erörterungen. Man kann nämlich auch von den Einreden, die wir aus Subject und Object in den folgenden §§. hergenommen haben, sagen, sie enthalten Behauptungen von Thatsachen; wer sich z. B. auf Unveräußerlichkeit der Sache dem klagenden Käufer gegenüber beruft, wer dem Usucapionskläger mala fides vorwirft, stützt sich auf Thatsachen i. w. S., wir haben den bösen Glauben ꝛc. früher selbst so bezeichnet, nämlich im Gegensatze von Rechten.

Als äußere Merkmale des Eigenthumserwerbs durch Usucapion erscheinen nämlich die während der gesetzlich bestimmten Zeit Statt gehabten Besitzhandlungen des Klägers, und mehr als diese braucht der letztere als Klagethatsachen nicht anzuführen und zu beweisen, sind sie außer Ungewißheit, so darf und muß vermöge der ihnen zukommenden juristischen Bedeutung der Richter daraus auf den Erwerb des Eigenthums schließen [a]. Der Umstand dagegen, daß sich Kläger in mala fide befand, würde, wenn er nachgewiesen wird, zeigen, daß der Statt gehabte Besitz niemals den gedachten rechtlichen Einfluß gehabt habe.

b) Stimmen der auf Gegenstand und Zweck des Rechtsgeschäfts gerichtete Wille und dessen Erklärung nicht überein, so wird das Dasein des Geschäfts ausgeschlossen [b]), dieses entsteht gar nicht. Eine unabsichtliche Disharmonie dieser Art kann ihren Grund haben in einem Irrthume, welcher die Wirkung hat, den zu dem Geschäfte erforderlichen Willen des Handelnden auszuschließen [c]). Wenn daher Beklagter in dem Falle, da äußere Handlungen der Parteien vorliegen, welche auf nichts Anderes als die Absicht der Entstehung des vom Kläger geltend gemachten Rechtsgeschäfts schließen lassen, die Nichtübereinstimmung von Willen und jenen concludenten Handlungen für sich anführt, so hat er dieses wahr zu machen [d]).

---

a) L. 3 D. 41. 3. „Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti."

b) Puchta, Pand. §. 65.

c) Puchta l. c. not. d und im Texte a—c.

d) Ein Beispiel bietet der von Celsus mitgetheilte Fall in L. 12 D. 22. 3. „Quingenta testamento tibi legata sunt; idem scriptum est in codicillis postea scriptis. Refert, duplicare legatum voluerit, an repetere, et an oblitus, se in testamento legasse, id fecerit. Ab utro ergo probatio ejus rei exigenda est? Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit; sed interdum probationes quaedam et a reo exiguntur. Nam si creditum petam, ille respondeat, solutam esse pecuniam, ipse hoc

c) Während zur Gültigkeit aller Rechtsgeschäfte bekanntlich Willensvermögen dessen, der es vornimmt, gehört, spricht die L. 6 C. 6. 36 deutlich aus, daß nicht die klägerische Partei, die sich auf Errichtung eines letzten Willens beruft, das Willensvermögen des Disponenten, vielmehr Beklagter den Mangel desselben darzuthun habe[a]). Denn er bestreitet durch die Behauptung dieses Mangels die rechtliche Bedeutung einer Klagethatsache[b]), er will durch seinen Einwand sagen, daß der letztern eine solche Bedeutung nie zukam.

d) Ein ähnliches Verhältniß tritt ein, wenn Beklagter zwar nicht die Thatsache der vollständigen Uebereinkunft zwischen ihm und dem Gegner, daß die in der Klage bezeichnete Sache des Beklagten gegen den in der Klage angegebenen, vom Kläger zu zahlenden Preis in dessen Vermögen gebracht werden solle, in Abrede stellt, indeß in seine bei Abschluß des Geschäfts angeblich vorhandene Minderjährigkeit seine Vertheidigung setzt. Aus jener Thatsache der Vereinbarung würde die Entstehung des vom Kläger verfolgten Rechts auf Tradition der Sache vom Richter entnommen werden müssen, Beklagter aber hat ein factum behauptet, welches von Anfang an dem Existentwerden jener juristischen Bedeutung der Vertragshandlung entgegenstand, an ihm ist es, dieses factum klar zu stellen[c]).

---

probare cogendus est; et hic igitur, quum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id approbare judici debet."

a) Ne codicillos quidem furentem facere posse, certissimi juris est. Si igitur scriptura velut codicillorum patris tui fuit prolata, ut aliquid ex hac peti possit, asseverationi tuae, mentis eum compotem fuisse negantis, fidem adesse probari convenit.

b) Vergl. unten 3, a.

c) L. 9 C. 4. 19. Vergl. Bethmann-Hollweg l. c. S. 353, (welcher noch besonders darauf hinweiset, daß nicht etwa deßhalb die Beweislast den Beklagten treffe, weil Behauptung der Minderjährigkeit an sich eine Affirmation

2. Aus dem Objecte.

a) Als eine hierher gehörige Einrede haben wir anzusehen die dem Kläger, der eine Sache auf Grund der Usucapion in Anspruch nimmt, entgegengehaltene Erklärung des Beklagten, daß die Sache keine res habilis sei[a]). Zwar ist Usucapionsfähigkeit der Sache, ebenso wie die bona fides, ein wesentliches Erforderniß der Usucapion, aber sie gehört nicht zu den die äußeren Merkmale, aus denen die Entstehung des klägerischen Rechts erkannt wird, bildenden Thatsachen. Die Behauptung des Beklagten muß von ihm außer Zweifel gesetzt werden, wenn jene Thatsachen ihren ihm nachtheiligen Einfluß nicht äußern sollen. Alles liegt hier gerade so, wie in dem vorhin sub 1. a gedachten Falle.

b) Stellt der mit der Klage aus einem Handel Belangte die Behauptung auf, daß die verkaufte Sache eine res dotalis, extra commercium oder litigiosa sei, stehen aber die Thatsachen, welche als äußere Merkmale einer erfolgten Vereinbarung erscheinen[b]),

---

ist, oder weil Großjährigkeit präsumirt würde). Wetzell l. c. S. 97. 1, a not. 5. Seuffert (l. c. Bd. 2 Nr. 164) theilt folgendes hier einschlagendes Urtheil des OAGerichts in Lübeck vom 30. Juni 1847 mit: „Wenn der von einem Cessionar verklagte Schuldner die Wirksamkeit der Cession durch Beanstandung der Dispositionsfähigkeit des Cedenten anficht, so ist es nicht Obliegenheit des klagenden Cessionars, die Nachweisung darüber, der Cedent sei dispositionsfähig gewesen, zu erbringen. Stellt sich ein Rechtsact, aus welchem Rechte abgeleitet werden, seiner äußern Erscheinung nach als fehlerfrei dar, so kann demjenigen, welcher sich darauf beruft, nicht zugemuthet werden, das Nichtdasein von gewissen gegnerischerseits behaupteten Fehlern zu erproben. Vergl. fr. 5 fr. 19 §. 2 de probat. (22. 3.) Vielmehr ist der Gegner durch sein Vorbringen in der Stellung eines Excipienten, er hat die Gründe seiner Anfechtung mit thatsächlicher Genauigkeit anzuführen und zu beweisen; dieß gilt insbesondere von dem Vorbringen des verklagten Schuldners, der Cedent sei zu der fraglichen Cession nicht befugt gewesen." (Das Wort „Excipient" ist hier offenbar nicht im Sinne der Römer genommen.)

a) Cit. L. 3 D. 41. 3. Puchta, Vorles. §. 173 z. A.

b) L. 8 pr. D. 18. 6. „Et si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, et pretium (et pure veniit), perfecta est emtio."

fest, so hat der Beklagte seine Angabe wahr zu machen, da sie nich gegen die Wahrheit jener Thatsachen gerichtet, sondern deßhalb erfolgt ist, damit der Richter nicht die Entstehung des klägerischen Rechts aus den gedachten factis folgere.

Die behaupteten Eigenschaften des Kaufobjects würden, ihre Wahrheit vorausgesetzt, allerdings die den Klagethatsachen[a]) sonst zukommende rechtliche Bedeutung niemals haben existent werden lassen, allein die Eigenschaften des Kaufobjects bilden keine äußern Merkmale des Zustandekommens eines Handels, als solche erscheinen vielmehr nur die Handlungen der Parteien.

c) Zu den äußern Merkmalen der Entstehung des von dem Legatar klagend verfolgten Rechts gehört auch nicht die Beobachtung der L. Falcidia. Freilich ist sie wesentliche Voraussetzung der Gültigkeit des Legats, denn die L. 73 §. 5 D. 35. 2. sagt ausdrücklich: „quodsi excesserit quis dodrantem, pro rata portione per legem ipso jure minuuntur" d. h. die als die äußern Merkmale der Entstehung des Legats erscheinenden Thatsachen (vergl. unten 3. a) haben in Ansehung des Mehr die ihnen sonst zukommende juristische Bedeutung nie gehabt, und wer einen Verstoß gegen das Gesetz behauptet, hat in tantum also die Entstehung des klägerischen Rechts geleugnet; aber eben weil der Beklagte durch die Bemerkung der Nichtbeobachtung des Gesetzes nicht die Wahrheit der Klagethatsachen anfechtet, werden diese zu seinem Nachtheile ihren Einfluß auf die Entscheidung der Sache äußern, wenn er nicht seine Angabe darthut. Diesen Beweis legt ihm die L. 17 D.22.3 nun auch expresse auf: „Quum de lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est, locum habere legem Falcidiam. Quod quum probare non potest, merito condemnabitur."

---

a) Vergl. die Note b zu voriger S.

3. Aus einer Thatsache.

a) Denken wir uns, der mit der Klage auf Berichtigung des Legats Belangte habe den Einwand einer Statt gehabten ademtio legati erhoben. Zu den Thatsachen, aus denen man das Entstandensein des klagend verfolgten Rechts erkennt, gehört die formell gültige Errichtung der letztwilligen Disposition und das Ableben dessen, der dieselbe vornahm[a]). So lange der letztere lebt, hat der Legatar noch gar kein Recht, widerruft der Disponent dieselbe, was ihm nach Belieben freisteht, so ist das mit der Klage geltend gemachte Recht niemals existent geworden. So lange indeß der Richter nicht weiß, daß der Widerruf wirklich Statt fand, muß er den gewissen Thatsachen der Errichtung des letzten Willens und des Todes des Disponenten die ihnen zukommende juristische Bedeutung beilegen, d. h. die Entstehung des klägerischen Rechts daraus schließen, es sei denn, daß der Beklagte den Widerruf wahr machte. Die Gesetze erkennen dieses auch ausdrücklich an[b]), welche Bestimmung von Einigen irrthümlich so gedeutet ist, als sei dadurch eine gegen den Widerruf streitende Rechtsvermuthung aus-

---

a) Freilich, wenn der Erbe kein suus ist, auch noch die Antretung der Erbschaft. S. §. 11, 1.

b) L. 22 i. f. D. 31. 1. „Onus enim probandi mutatam esse defuncti voluntatem ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat." L. 11 §. 12 D. 32. 1. „Si rem suam testator legaverit, eamque necessitate urgente alienaverit, Maecianus putat, fideicommissum peti posse, nisi probetur, adimere ei voluisse testatorem, probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam." (Die Frage, ob durch den Umstand, daß der Testator von zwei Exemplaren seiner letztwilligen Disposition ein in Händen behaltenes vernichtete, die Aenderung des Willens bewiesen werde, wenn der Testator das andere Exemplar unvernichtet in den Händen des Testamentsexecutors gelassen hat, beantwortete nach Seuffert l. c. Bd. 9. Nr. 185 das OAGer. in Lübeck verneinend, „es müßte immer noch der Beweis hinzukommen, daß der Testator sein Exemplar in der Absicht vernichtet habe, ut intestatus moreretur." L. 4 D. 28. 4.

gesprochen, während Andere ebenso unrichtig eine praesumtio juris des unverändert fortdauernden Willens des Disponenten ausgesprochen finden wollen.

b) Denken wir uns den Fall, daß eine Ehefrau aus einem Darlehn belangt wird, welches sie mit ihrem Ehemann zusammen aufgenommen haben soll, und nehmen wir ferner an, sie könne nicht leugnen, daß sie mit diesem zusammen eine gemeinschaftliche Schuldverschreibung darüber ausgestellt habe, behaupte dagegen, daß sie demungeachtet das Geschäft doch nur für ihren Mann abgeschlossen habe, dieses auch dem Gläubiger wohl bewußt gewesen sei, und daß sie somit rechtlicher Bestimmung[a]) nach nicht hafte. Hier hat sie ebenfalls eine leugnende Einrede opponirt, deren Beweis sie übernehmen muß, weil ihre factischen Behauptungen nicht die Wahrheit der Thatsachen (Verabredung und Zahlung des verbrieften Darlehns) bestreiten, worauf der Kläger seinen Anspruch gründet, und aus denen an und für sich sein Klagerecht hervorgeht[b]);

---

a) Nov. 134 c. 8. „Illud vero etiam pro subditorum utilitate corrigere placuit, ut si quae mulier in instrumento crediti viro suo consentiat, aut subscribat, et substantiam suam vel etiam se ipsam obligaverit, jubeamus, nequaquam id valere vel obtinere, sive semel, sive saepius tale quid pro eadem re fiat, sive privatum, sive publicum sit debitum, sed ita habendum, tanquam scriptum non esset, nisi manifeste probetur, quod pecunia in utilitatem mulieris versa sit." Auth. si qua mulier. — L. 23 C. 4. 29.

b) Daß die Ehefrau mit ihrem Manne zusammen keinen Darlehnscontract schließen und eine gemeinschaftliche Urkunde darüber ausstellen könne, ist nirgendwo gesagt. Die nov. 134 c. 8 spricht auch nicht aus, daß, falls sie und der Mann gemeinschaftlich ein Darlehn aufnahmen und eine gemeinschaftliche Urkunde darüber ausstellten, die rechtliche Vermuthung für eine Intercession streite. Mag auch eine praesumtio hominis dafür in solchem Falle vorliegen, so würde die Frau dadurch der Beweislast doch noch nicht überhoben sein. Die citirte Novelle setzt den Fall voraus, da die Frau dem von dem Manne abgeschlossenen Darlehnsgeschäfte beitritt, und als Intercedentin die Darlehnsurkunde unterzeichnet. — Hätten Frau und Mann gemeinsam ein Darlehn contrahirt, und als Correalschuldner sich in der Urkunde verpflichtet, so würde

diese Behauptungen sind lediglich gegen die juristische Bedeutung der Klagethatsachen gerichtet[a]).

II. Vernichtende Einreden. Sie bestehen in der Behauptung von Thatsachen, welche das als entstanden zu betrachtende Recht des Klägers ipso jure haben erlöschen lassen. Der Beklagte kann sie herleiten:

1. Aus einem Subjecte.

a) Bekanntlich erlischt mit dem Aufhören des Interesse auf Seiten des Gläubigers ipso jure die Obligation. Die L. 8 §. 6 D. 17.1 erkennt dieses in Bezug auf das Mandatsverhältniß an[b]). Als Klagethatsachen hat der auf Ausführung des Mandats Klagende diejenigen facta zu beweisen, welche als äußere Merkmale des ertheilten und angenommenen bestimmten Auftrags erscheinen, behauptet der Beklagte den Wegfall des Interesses auf Seiten des Klägers, so bestreitet er damit nicht die Entstehung des von demselben geltend gemachten Rechts auf Ausführung, sondern er behauptet die Wiederaufhebung, und hat also facta klar zu stellen, aus denen sich der Wegfall des Interesse ergiebt.

b) Die Thatsache der Ertheilung und Annahme eines Auftrags gibt dem Mandanten das Recht, dessen Ausführung vom

---

freilich die Frau nur für die Hälfte haften, falls nicht der Gläubiger nachweisen könnte, daß der Frau die ganze Summe zu Gute gekommen sei. Vergl. v. Vangerow, Pand. §. 581, Anmerkg. 3, 2, a und b.

a) Vergl. v. Vangerow, Pand. §. 581, Anmerkg. 3, 2 a u. b.

b) „— — Ceterum si nihil interest, cessat mandati actio; et eatenus competit, quotenus interest; utputa mandavi tibi, ut fundum emeres; si intererat mea emi, teneberis; ceterum si eundem hunc fundum ego ipse emi, vel alius mihi, neque interest aliqnid, cessat mandati actio."

Mandatar zu fordern. Sind jene Klagethatsachen also gewiß, behauptet aber Beklagter, daß er später durch Krankheit außer Standes gesetzt worden sei, den Auftrag zu erfüllen, so hat er eine Thatsache behauptet, welche — ihre Wahrheit vorausgesetzt — den Untergang des klägerischen Rechts zur Folge haben würde[a]). Die Klagethatsachen bleiben dabei unangefochten, auch daß das klägerische Recht daraus entstanden sei, leugnet der Beklagte nicht, er wird also verurtheilt werden, wenn er nicht jene Thatsache, welche den Untergang des Rechts bewirkt, nachweiset.

2. Aus dem Objecte.

Ein Beispiel dieser Art von Einreden liefert uns der §. 5 der L. 83 D. 45. 1. ,,Nam et quum quis rem profanam, aut Stichum dare promisit, liberatur, si sine facto ejus res sacra esse coeperit, et Stichus ad libertatem pervenerit'' pp.: Gesetzt derjenige, welcher eine Sache in's Vermögen des Andern zu bringen sich verpflichtete, setzt der darauf gerichteten Klage den Einwand entgegen, daß die Sache auf die in der L. cit. angegebene Art aufgehört habe eine res in commercio zu sein, so bestreitet er damit nicht die Klagethatsache, daß er sich verbindlich machte, er gibt zu, daß seines Gegners Recht wirklich entstanden sei[b]), aber er behauptet, daß dasselbe untergegangen sei, weil die Sache die Eigenschaft verlor, ohne welche jenes Recht überhaupt nicht denkbar ist. Hierüber muß er also auch Beweis führen.

3. Aus einer Thatsache.

a) Wir führen hier zunächst den vom Beklagten opponirten Einwand an, daß er die ihm obliegende Verpflichtung erfüllt habe.

---

a) L. 23—25 D. 17. 1.

b) Sonst könnte es nicht heißen ,,liberatur.''

Die solutio (das Wort im weitesten Sinne genommen) tilgt bekanntlich ipso jure die Verbindlichkeit des Beklagten, wer sie behauptet, bestreitet damit nicht, daß des Klägers Recht entstanden ist, ihn trifft also der Beweis. Zahlreiche Stellen der Quellen[a]) erkennen dieses ausdrücklich an.

b) Eine ähnliche Bewandniß hat es mit der Behauptung, daß die dem Beklagten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit obliegende Handlung absolut unmöglich geworden sei[b]). Wenn z. B. der aus dem Commodat auf Rückgabe der anvertrauten Sache Belangte vorbringt, daß sie durch casus oder vis major untergegangen sei, bestreitet er damit nicht, daß ihm die Sache zum bestimmten Gebrauche gegeben sei, er leugnet nicht die aus der Vereinbarung und an ihn geschehene Uebergabe erkennbare Entstehung des vom Kläger verfolgten Rechts, muß folglich nachweisen, daß dieses auf die behauptete Art aufgehört habe zu existiren. Hierüber ist wohl kein Streit unter den Juristen; aber wird Beklagter, wenn er sich auf die Unmöglichkeit einer ihm obliegenden Leistung beruft, auch darthun müssen, daß dieselbe ihm nicht zur Schuld gereiche, oder hat sein Gegner den Beweis seiner Schuld zu übernehmen? Wir müssen als allgemeine Regel festhalten, daß Jeder, welcher in Gemäßheit eines Obligationsnexus zu Fleiß und Aufmerksamkeit verpflichtet ist[c]), um von den Ansprüchen des Gegners befreiet zu

a) Z. B. L. 25 C. 8. 43. L. 1 C. 4. 19. L. 10 C. 4. 30.

b) Göschen, Pand. §. 458 z. A.

c) Dieser Fall ist nicht mit dem zu verwechseln, wo durch die behauptete culpa (im weitesten Sinn des Worts) erst ein obligatorisches Verhältniß entstanden sein soll, wie z. B. bei den Delictsklagen. Hier ist das schadende factum Klagethatsache, aber nicht alleinige, sondern es gehört dazu auch noch der Umstand, daß das factum dem Beklagten zur Schuld gereiche. Letztere ist indeß idealer Natur, deßhalb müssen schon in der Klage äußerlich wahrnehmbare facta concludentia angegeben werden, widrigenfalls dieselbe angebrachtermaßen abzuweisen sein würde. Vergl. Seuffert l. c. Bd. 1 Nr. 338. Planck 257. 258. Der Beweis derselben wie des schadenden facti selbst liegt dem Kläger ob.

erscheinen, zeigen muß, daß er es in dieser Beziehung an nichts fehlen ließ[a]). Es wird aber genügen, wenn er seinerseitige Handlungen von der Art vorlegt, daß regelmäßig der erwartete nöthige Erfolg hätte eintreten müssen[b]), oder darthut, es sei ein schäd-

---

Nicht selten enthält die Erzählung des schadenden facti aber auch schon eine genügende Begründung der Schuld, und hier fallen Beweis jenes und dieser zusammen. — Führt nun Beklagter facta an, welche ergeben, daß aus den, wenn auch richtigen und an sich schlüssigen Klagethatsachen nichts entnommen werden könne, was ihm zum Vorwurfe gereiche, so hat er eine leugnende Einrede opponirt, deren Beweis er liefern muß z. B. wenn er, um der Klage aus der L. Aquilia wegen eines getödteten Sclaven zu entgehen, Thatsachen vorbringt, welche ergeben, daß er sich im Stande der Nothwehr befand. (Vergl. Wetzell l. c. S. 98.)

Der Richter hat bei Feststellung der Beweispflicht stets genau zu untersuchen, welche Klage angestellt ward. Ist es eine der zu Anfang dieser Note gedachten Art, so darf Kläger nicht mehr mit der in der Replikenschrift aufgestellten Bemerkung gehört werden, daß Beklagter einer bestehenden contractlichen Verbindlichkeit nicht nachgekommen und deßhalb zur Entschädigung verbunden sei, z. B. Kläger sieht ein, daß er das schadende factum nicht wird beweisen können, und verändert das Fundament der aquilischen Klage dahin, daß Beklagter die zum Transporte erhaltenen unverfehrten Sachen in gleichem Zustande wieder hätte abliefern müssen.

a) Niemals kann die prästirte Diligenz durch Eidesdelation bewiesen werden. Das Ober-Appell.-Gericht in Kiel motivirte dieses dadurch, daß der Eidesdelation nicht ein einfaches, objectiv erkennbares factum, sondern ein Urtheil zum Grunde liege, wobei alles vom subjectiven Ermessen des Schwörenden abhängig sein würde. — Aus diesem Grunde muß auch der Notheid insofern für unzulässig gehalten werden, als es sich nicht um Constatirung einzelner facta handelt, aus denen die Diligenz gefolgert werden soll, die auch durch freiwilligen Eid dargethan werden könnten.

b) L. 25 §. 7 D. 19. 2. „Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita periculum praestat, si qua ipsius, eorumve, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.“ L. 11 D. 18. 6 in den Worten: „quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.“ L. 1 §. 13 D. 27. 8. L. 3 C. 4. 19. L. 11 D. 22. 3. „Non est necesse pupillo probare, fidejussores pro tutore datos, quum accipiebantur, idoneos non fuisse, nam probatio

licher Zufall eingetreten[a]). Behauptet der Kläger, daß eine Schuld des Beklagten voraufging, so hat er eine Replik aufgestellt, deren Beweis, wie wir später sehen werden, ihm zufällt. Jemand klagte gegen einen Frachtfuhrmann wegen nicht abgelieferter zwei Kisten mit Waaren, die der Beklagte zum Transporte erhalten hatte. Dieser behauptete und bewies, die Kisten seien unterwegs verbrannt, für solchen Zufall habe aber der Fuhrmann nicht aufzukommen. Als nun abseiten des Klägers erwidert wurde, daß der Brand seinen Grund in einer bei der Verpackung begangenen Nachlässigkeit habe, erkannte das Gericht unter Bestätigung des Ober-Appell.-Gerichts in Dresden[b]), daß hierin eine Replik liege und Kläger darüber Beweis zu führen habe[c]).

---

exigenda est ab his, quorum officium fuit, providere, ut pupillo caveretur.“

a) Dahin gehört auch vis major L. 9 §. 4 D. 19. 2. „Si capras latrones citra fraudem tuam abegisse probari potest, casum praestare non cogeris.“ Daraus, bemerkt Mühlenbruch (Proc. §. 278) dürfe nicht entnommen werden, daß Abwesenheit des dolus stets genüge, um sich der Verantwortlichkeit wegen nachtheiliger Handlungen Dritter zu entziehen, wenn man diese Handlungen an und für sich nicht zu vertreten hatte, „denn impetus latronum vel piratorum wird der vis major gleichgestellt, für deren Folgen selbst solche Personen nicht einmal zu haften haben, welche sich sonst nicht einmal auf den Mangel eigener Verschuldung berufen dürfen. L. 3 §. 1 D. 4. 9.“

b) Nach Seuffert's Mittheilung Bd. 7 Nr. 225. Vergl. noch Mühlenbruch, Pand. Bd. 1 §. 147. Weber l. c. VI. 20.

c) Vergl. L. 18 pr. D. 13. 6: „In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortis servorum, quae modo sine dolo et culpa ejus accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus, et piratis, et naufragiis diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat; alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum, latronum et naufragii casum praestare debet.“

c) Es ist auch eine unter die hier besprochenen Fälle gehörige Vertheidigung des Beklagten, wenn sich derselbe darauf beruft, daß dem Geschäfte, nachdem es bereits geschlossen war, noch eine Suspensivbedingung beigefügt worden, oder daß es unter Festsetzung einer bereits eingetretenen Resolutivbedingung und unter Umständen auch eines dies ad quem zu Stande gekommen sei.

Denn wer zugibt, daß ursprünglich pure contrahirt ist, hat die Klagethatsachen und damit das Entstandensein des vom Kläger daraus in Anspruch genommenen Rechts eingeräumt. Das an sich perfecte Geschäft soll also durch die spätere Verabredung einer Suspensivbedingung in ein imperfectes verwandelt, d. h. das ursprüngliche Recht des Klägers wiederaufgehoben sein, indem an dessen Stelle nur die Möglichkeit seiner Entstehung getreten wäre. Der Beweis hierüber kann mithin nur den Beklagten treffen.

Auch der Beklagte, welcher eine Resolutivbedingung für sich anführt, gibt das Entstandensein des vom Kläger geltend gemachten Rechts zu, einerlei, ob diese Bestimmung sofort beim Abschluß des Geschäfts beigefügt wurde, oder erst später. Der Eintritt der nur auf den Untergang sich beziehenden Bedingung würde jenes Recht ipso jure wiederaufgehoben haben, den Beweis der Bedingung selbst wie ihres Eintritts hat folglich der Beklagte zu erbringen.

Ein dies ad quem [a]) hat nur in einigen Fällen eine ipso jure wirkende Bedeutung, wenn er eingetreten ist, bei solchen Verhältnissen, die an sich schon temporairer Natur sind, wie das Mandats- und Societätsverhältniß [b]). Hier gilt von der Verabredung eines solchen dies bei oder nach dem Geschäfte dasselbe, was in Betreff der Resolutivbedingung bemerkt wurde.

---

a) Vergl. über den dies incertus unten §. 14.

b) Puchta, Vorl. §. 62. Abs. 2.

d) Wir dürfen vom Standpunkte des heutigen Rechts ferner behaupten, daß der Beklagte, wenn er vorbringt, daß die vertragsmäßig entstandene Obligation wieder rückgängig gemacht sei, eine vernichtende Einrede vorgeschützt und zu beweisen habe. Denn die meisten Vertragsobligationen werden h. z. T. solo consensu perfect, es muß bei ihnen daher auch eine Erlöschung contrario consensu Platz greifen, welche ipso jure das Recht des Klägers, dessen Entstandensein Beklagter allerdings durch seinen Einwand nicht bestreitet, wieder aufhebt. Verschieden hiervon ist die Einrede aus einem pactum de non petendo, worüber wir im folgenden §. (III. 3, a) das Erforderliche mittheilen werden. Uebrigens vergl. man v. Vangerow, Pand. Anmerkg. z. §. 621.

§. 14.

III. Excipirende Einreden.

Wir verstehen hierunter diejenige Art der Vertheidigung des Beklagten, welche die Römer mit dem Namen der exceptiones belegten. Der excipiens im Sinne des römischen Rechts räumt nicht nur ein, daß das vom Kläger in Anspruch genommene Recht entstanden sei, sondern gibt auch zu, daß es der Form nach noch fortbestehe[a]), er führt aber Umstände an, aus welchen Billigkeitsrücksichten[b]) entspringen, derentwegen die der Strenge nach nicht zu bestreitende Selbstfolge des Rechts, die Condemnation, nicht

---

a) So heißt es bei Gajus III. 181. „Nihilominus obligatio durat." Vergl. v. Helmolt, Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast (Gießen 1852) S. 66. Wetzell l. c. S. 104.

b) Oder auch Rücksichten der Zweckmäßigkeit. Da man gewöhnlich nur Billigkeitsrücksichten hervorhebt, und processualisch von dem Unterschiede der Rücksichten nichts abhängt, haben wir nur immer die Billigkeit genannt. Vergl. Wetzell S. 99 not. 12.

Statt finden darf[a]). Die Quellen sagen geradezu: „reum teneri, obligatum esse", und es wird darin nicht etwa behauptet, daß hierin eine Unbilligkeit liege, sondern nur das condemnari wäre iniquum[b]). Die factische Grundlage der Billigkeitsrücksichten muß Beklagter außer Ungewißheit setzen, weil bis dahin, daß dieses geschehen, sich die Klagebitte rechtfertigt[c]). Als Beispiele führen wir folgende an:

1. Aus einem Subjecte.

a) Wer die s. g. exceptio beneficii competentiae vorbringt, bestreitet nicht das Bestehen der gegen ihn eingeklagten Forderung, er will nur bewirken, daß er nicht auf die ganze Summe verurtheilt werde[d]). Dieserhalb hat der Beklagte den Beweis darüber zu führen, daß und wieweit das beneficium Platz greife. Die Beweisführung hat indeß hier einige Eigenthümlichkeiten, indem der Beklagte seine Angaben über seine Vermögensverhältnisse durch den Manifestationseid zu erhärten hat, und der Richter die Bedürfnisse des Schuldners nach billigem Ermessen mit Berücksichtigung dessen Standes festsetzt[e]).

---

a) Diese können schon bei der Entstehung des Rechts bestanden und dessen Wirksamkeit also von Anfang an gehindert haben, oder erst nach der Entstehung des Rechts existent geworden sein und die Wirksamkeit desselben also erst aufgehoben haben.

b) Albrecht l. c. S. 14 not. 9. Gajus IV. 116. „Saepe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit, eum judicio condemnari" (zu Anfang des Institutionentitels de exceptionibus fast wörtlich wiederholt).

c) Vergl. L. 19 D. 22. 3. Albrecht l. c. §. 2 Abs. 2. S. 6.

d) „Der Schuldner bleibt Schuldner, nur die Geltendmachung der Forderung ist suspendirt, bis er ad meliorem fortunam gelangt." Puchta, Vorl. §. 244.

e) Vergl. Puchta l. c.

b) Soll ein abgeschlossenes Geschäft den ihm beigelegten rechtlichen Erfolg haben, so muß der sich darin äußernde Wille ein freier sein. Sind vis ac metus die Impulse zur Handlung gewesen, so kann der für den Handelnden dadurch herbeigeführte Nachtheil durch verschiedene Rechtsmittel abgewandt werden, aber an und für sich ist die Handlung nicht nichtig. Gibt Beklagter also zu, daß er Aeußerungen that, welche auf das Vorhandensein seines Willens deutlich hinweisen, so darf der Richter an diesem nicht länger zweifeln und Beklagter muß seinen Einwand des Zwangs wahr machen, denn er bestreitet nicht die Klagethatsachen, auch nicht, daß der Strenge des Rechts nach das klägerische Recht als entstanden angenommen werden müsse, seiner eigenen Darstellung nach muß man von ihm sagen: „eum teneri, sed iniquum esse, eum condemnari."

c) Ganz nach denselben Grundsätzen ist der von dem Beklagten opponirte Einwand zu beurtheilen, daß er durch Arglist des Gegners zu dem Rechtsgeschäfte veranlaßt sei.

2. Aus dem Objecte.

a) Wenn der Käufer eines Thiers, auf Zahlung der Kaufsumme belangt, behauptet, daß ein zur Redhibition oder Minderung des Kaufpreises berechtigender Fehler vorhanden sei, so hat er nicht behauptet, daß des Klägers Recht gar nicht entstanden, sondern daß es überhaupt oder in tantum unwirksam sei. Die Römer sprechen auch geradezu von einer in solcher Behauptung liegenden exceptio: L. 59 D. 21. 1. „Quum in ea causa est venditum mancipium, ut redhiberi debeat, iniquum est, venditorem pretium redhibendae rei consequi." (Also reum condemnari, wäre iniquum, es ist nicht gesagt, reum non teneri[a])

---

a) Vergl. oben S. 320.

§. 1. „Si quis duos homines uno pretio emerit, et alter in ea causa sit, ut redhibeatur, deinde petatur pretium totum, exceptio erit objicienda“; pp. und lassen ihrem Princip gemäß den Beklagten beweisen, d. h. er muß darthun, daß der Fehler schon zur Zeit des Contracts, oder damals wenigstens schon der Grund eines später sich offenbarenden vitii vorhanden war[a]).

b) Desgleichen opponirt der Beklagte, der, auf Tradition einer verkauften Sache belangt, enormiter lädirt zu sein behauptet, einen Inexigibilitätsgrund[b]), den er zu beweisen hat. Denn er leugnet nicht, daß er der Strenge nach hafte, alle Klagethatsachen gibt er zu. Ob auch der Käufer die exceptio laesionis enormis opponiren könne, und wie der Beweis im Speciellen zu normiren ist, darüber vergl. Göschen, Pand. §. 505, v. Vangerow, Pand. §. 611. Puchta, Vorles. §. 364. Thibaut, Pand. §. 500. Mühlenbruch, Pand. §. 406.

3. Aus einer Thatsache.

a) Wer dem vom Kläger geltend gemachten Forderungsrechte das abgeschlossene pactum de non petendo entgegenstellt, leugnet nicht die Klagethatsachen, bestreitet nicht die Entstehung des Rechts, sondern dessen Wirksamkeit. Zwar haben einige Rechtslehrer den gedachten Einwand des Beklagten zu den vernichtenden Einreden

---

a) Arg. L. 3. C. 4. 58. „Si apud priorem dominum fugisse mancipium non doceatur, fuga post venditionem interveniens ad damnum emtoris pertinet. Vergl. Mühlenbruch, Proc. §. 284. Glück l. c. Bd. 20 S. 57 ff., welcher es mit Recht als eine willkürliche Annahme bezeichnet, wenn man einen binnen 3 Tagen nach dem Kaufe sich äußernden Fehler als solchen ansieht, der schon zur Zeit des abgeschlossenen Handels vorhanden war, denn solche Präsumtion sprechen die Gesetze nirgendwo aus. Uebrigens vergl. noch L. 16 D. 21. 1.

b) L. 2 C. 4. 44.

stellen wollen, allein wir nehmen mit Vangerow[a]) an, daß die Behauptung des pacti de non petendo auch jetzt noch als exceptio im eigentlichen Sinne anzusehen ist. Die von der gedachten Autorität dafür angeführten Gründe sind in der That ebenso einfach und natürlich, als treffend. „Daß nämlich das pactum de non petendo nicht ipso jure die Obligation aufhob, sondern nur ein jus exceptionis begründete, ist nicht etwa eine Folge seiner Formlosigkeit[b]), sondern es ging dies consequent aus dem Inhalte eines solchen Vertrags hervor, und mußte gewiß ganz ebenso auch dann angenommen werden, wenn etwa die Form der Stipulation angewendet war. Der Gläubiger verspricht ja nur die ihm zustehende Forderung nicht geltend machen zu wollen, und aus einem solchen Versprechen kann doch unmöglich eine unmittelbare Vernichtung der Obligation hervorgehen, sondern nur ein Recht des Schuldners auf Erfüllung dieses Versprechens, also nur ein jus exceptionis. — Ist es aber gegründet, daß nicht aus der Formlosigkeit, sondern aus dem Inhalt des Vertrags und der sich darin aussprechenden Absicht der Paciszenten es erklärt werden muß, daß das pactum de non petendo nur ope exceptionis wirkt, so versteht es sich von selbst, daß daran in unserm heutigen Rechte nichts geändert ist."

b) Das Vorgeben, ein Rechtsgeschäft, aus welchem geklagt wird, sei ein betagtes, mag nun ein dies ad quem oder a quo angeführt sein, stellt sich als excipirende Einrede dar[c]). Wenn freilich der erstere analog der Resolutivbedingung auf das Ende,

---

a) S. dessen Pand. §. 621., Anmerkg., an deren Ende auch der Unterschied des hier abgehandelten, und oben sub II, 3, d besprochenen Falles hervorgehoben ist. S. auch daselbst über einige Ausnahmsfälle.

b) Die Gegner stützen sich nämlich darauf, daß h. z. T. alle pacta klagbar seien, oder wie man es auch ausgedrückt hat, wie die Befragungsverträge des römischen Rechts wirken.

c) Vergl. übrigens oben §. 13 sub II, 3, c.

der letztere analog der Suspensivbedingung auf den Anfang des vom Kläger aus dem Geschäfte hergeleiteten Rechtsverhältnisses Beziehung hat, so ist doch zu erwägen, daß dieses lediglich von der Geltendmachung desselben zu verstehen ist. Der Gläubiger in diem ist schon wirklicher Gläubiger, er kann nur noch sein Recht nicht durch Klage ausüben [a]), ebensowenig hebt der eingetretene Endtermin das Recht des Klägers ipso jure auf, entzieht ihm aber seine Wirkung [b]), es kann nicht mehr durch Klage geltend gemacht werden. Falls sich daher der Beklagte darauf beruft, daß abseiten der Parteien dem Geschäfte bei Gelegenheit der Vertragshandlungen oder in der Folge ein dies hinzugefügt worden sei, erscheint er als excipiens im Sinne der Römer, und muß nach dem hier richtig angewendeten Satze: ,,reus excipiendo fit actor'' sowohl die Verabredung des dies als dessen Eintritt beweisen.

§. 15.

Hat nun der Beklagte seine Einrede auf die in den letzten drei Paragraphen angedeutete Weise gerechtfertigt, so wird der Kläger in Folge der juristischen Bedeutung der vom Beklagten klar gestellten facta mit seiner Klage abgewiesen werden, falls er nicht durch seinerseitige Thätigkeit den Einfluß, den diese juristische Be-

---

a) Puchta, Vorlesungen §. 62. Abs. 1. L. 213 D. 50. 16. L. 38 §. 16. L. 46 pr. D. 45. 1. L. 41 §. 1 ibid. ,,Dies adjectus efficit, ne praesenti die debeatur", wo das deberi auf die Ausübung zu beziehen ist. (vergl. Puchta l. c. Note 1.)

b) L. 56 §. 4 D. 45. 1. L 44 §. 1 D. 44. 1. ,,Circa diem duplex inspectio est; nam vel ex die incipit obligatio, aut confertur in diem. Ex die, veluti: Kalendis Martiis dare spondes? cujus natura haec est, ut ante diem non exigatur. Ad diem autem: usque ad Kalendas dare spondes? Placet autem ad tempus obligationem constitui non posse, non magis, quam legatum. Nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi; plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri poterit."

deutung auf den Ausgang des Processes zu seinem Nachtheile äußern muß, zu beseitigen im Stande ist. Er befindet sich aber gegenüber dem Thatsächlichen der Einreden in einer ähnlichen Lage, wie dieses beim Beklagten gegenüber den Klagethatsachen der Fall war.

Unrichtig ist es, wenn man behauptet hat, daß sich die Vertheidigung des Klägers gegen Einreden ganz so gestalte, wie die des Beklagten gegen die Klage. Denn Einreden sind stets gegen ein behauptetes Recht gerichtet, Repliken weit seltener, indem in den meisten Fällen die Einreden in bloßen Thatsachen bestehen, die nur behauptet und nöthigenfalls in ihre äußerlich hervortretenden Momente aufgelöset zu werden brauchen. (v. Helmolt, l. c. S. 56. 283. Wetzell l. c. S. 100 not. 16 u. S. 101.) Ferner ist das Gebiet der Repliken beschränkter als das der Einreden. Hierüber wird in §. 18 das Erforderliche gesagt werden.

Die gegen eine Einrede möglichen Vertheidigungen nennen wir h. z. T. — soweit sie nicht auf rechtliche Gegendeductionen oder Negationen hinauslaufen — Repliken, während die Römer unter replicatio nur einen der exceptio entgegengestellten Billigkeitsgegengrund verstanden. Der Kürze halber wollen wir uns aber des Ausdrucks, wie er heutigen Tags gebräuchlich ist, ebenfalls bedienen, und jetzt darzulegen versuchen, auf welche mögliche Weise der Kläger dem Einfluß der juristischen Bedeutung der vom Beklagten vorgelegten facta begegnen kann.

§. 16.

Der Kläger kann, die factischen Voraussetzungen der Einrede unbestritten lassend, Thatsachen klar stellen, welche das Existentwerden der juristischen Bedeutung der vom Gegner vorgelegten nach einfacher Rechtsconsequenz verhindert haben. Hätte sich also z. B. der Beklagte auf seine Minderjährigkeit berufen, so kann ihm der Kläger die erlangte venia aetatis entgegenhalten. Darin liegt

die Behauptung eines facti, welches der juristischen Bedeutung der Minderjährigkeit von vorn herein hindernd im Wege stand. Der Beweis der venia aetatis ist aber Sache des Klägers, weil sonst die Thatsache der Minderjährigkeit ihren Einfluß zu Gunsten des Beklagten auf den Ausgang des Rechtsstreits äußert.

Auf gleiche Weise, wie hier einer leugnenden Einrede, so kann auch Kläger einer vernichtenden facta entgegenstellen und durch Klarstellung derselben dem Einfluß der juristischen Bedeutung des Thatsächlichen der Einrede begegnen z. B. er beweiset gegenüber der vom Beklagten nachgewiesenen Zahlung seine damalige Minderjährigkeit [a]).

§. 17.

Der Kläger kann ferner der exceptio facta opponiren, aus denen sich Billigkeitsgegengründe ergeben. Solche haben die Römer nicht nur als „quasi exceptionum exceptiones" oder „exceptiones contrariae" bezeichnet [b]), sondern überhaupt in processualischer Hinsicht als exceptiones behandelt [c]), consequent müssen also auch die Grundsätze vom Beweise der letzteren Anwendung finden [d]).

Diese Repliken können hergenommen sein:

---

a) Vergl. d. Beisp. in §. 13, sub 3, b a. E.

b) L. 2 §. 1. D. 44. 1. „Replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones, et a parte actoris veniunt. Quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant; semper enim replicatio idcirco objicitur, ut exceptionem oppugnet." L. 22 §. 1 ibid. „Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio."

c) S. die weitere Ausführung bei Albrecht l. c. S. 29 unten — 31.

d) L. 9 §. 4 D. 12. 2., wo die Worte: „et circumscriptum se docuit" zu erkennen geben, daß die Befugniß, der exceptio eine replicatio zu opponiren, nur unter der Voraussetzung eines vom Kläger erbrachten Beweises des Thatsächlichen der replicatio Bedeutung haben werde.

1. Aus factis, die schon zur Zeit, als die Thatsache, aus welcher eine excipirende Einrede hergeleitet ist, sich zutrug, Statt fanden, und also dem Inexigibilitätsgrunde, der in dem gedachten facto liegt, von vorn herein entgegengestanden haben z. B. der Beklagte bringt die exceptio pacti de non petendo vor, Kläger entgegnet darauf, daß er durch dolus, vis ac metus zur Eingehung des pacti veranlaßt sei. Der Beklagte hat hier des Klägers Recht als entstanden anerkannt, seine Wirksamkeit bestritten (s. §. 14, III, 3, a), wogegen des Klägers Anführen, daß Beklagter dolose u. s. w. gehandelt habe, den Richter davon überzeugen will, daß die an und für sich gebotene Rücksichtsnahme auf das allerdings vorgekommene pactum de non petendo dem Beklagten nicht zu Statten kommen könne, da er sich dessen unwürdig gemacht habe. Hierüber ist er Beweis zu erbringen schuldig.

2. Aus factis, die erst später eingetreten sind. Hierzu liefert der in L. 27 §. 2 D. 2. 14 enthaltene Ausspruch des Paulus ein Beispiel: „Pactus ne peteret, postea convenit, ut peteret. Prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, — — et ideo replicatione exceptio elidetur."

§. 18.

Andere Arten von Repliken gibt es nicht. Solche, welche eine begründete Einrede ipso jure wiederaufheben, sind an sich nicht denkbar, auch kann eine ipso jure wirkende Einrede nicht durch Billigkeitsgründe elidirt werden. Beides hat Wetzell[a]) auf überzeugende Weise dargethan.

In Ansehung der ersten Art von Repliken bemerkt er, daß, wenn es sich um Einreden handle, nach welchen das klagend ver-

---

a) l. c. S. 102. 103.

folgte Recht gar nicht zur Existenz gelangt, oder von Anfang an unwirksam gewesen sein solle, dieselben ipso jure nur durch Thatsachen würden beseitigt werden können, welche als die Begründung eines neuen von jenem verschiedenen Rechts d. h. einer neuen Klage anzusehen wären[a]) — während solche Einreden, welche die Existenz oder Wirksamkeit des Klagrechts als nachträglich wieder aufgehoben erscheinen lassen, durch die Berufung auf spätere Thatsachen aus dem Grunde nicht nach der ratio juris elidirt werden können, weil sich nur Rechte auflösen, facta aber nicht ungeschehen machen lassen[b]). Beruhe endlich eine Einrede nicht unmittelbar auf einer Thatsache, sondern auf einem von ihr zu unterscheidenden Rechte z. B. auf einer Gegenforderung, so werde diese Einrede, wie sie aus der Entstehung des fraglichen Rechts nachgewiesen werde, auch durch die Behauptung von Thatsachen widerlegt, welche dasselbe nach der Natur der Sache zu vernichten geeignet seien. Der Name von ipso jure wirkenden Repliken komme jedoch diesen Thatsachen nur in dem Sinne zu, daß sie die in Frage stehende Einrede als solche gar nicht haben existent werden lassen,

a) L. 27 §. 2 D. 2. 14. „Pactus, ne peteret, postea convenit, ut peteret. Prius pactum per posterius elidetur: non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur, et ideo replicatione exceptio elidetur. Eadem ratione contingit, ne fidejussoribus prius pactum prosit. Sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut injuriarum, non poterit, postea paciscendo ut agere possit, efficere, quia et prima actio sublata est, et posterius pactum ad obligationem reparandam inefficax est, non enim ex pacto injuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, velut emti; non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum."

b) Weßhalb z. B. das pactum de non petendo durch ein pactum de petendo nicht in gleicher Weise entkräftet werde, wie die naturalis obligatio durch ein pactum de petendo. L. 95 §. 4 D. 46. 3.

weil das dieselbe bedingende Recht erst durch die Einleitung des Processes in eine Beziehung zur Klage gesetzt werde. —

So wenig aber ipso jure wirkende Einreden nachträglich wieder wegfallen, ebensowenig können dieselben durch Billig= (oder Zweckmäßig=) keitsgründe elidirt werden, wie diese denn selbst da, wo sie eine selbstständige Klage (Imploration der Restitution) auf Wiederherstellung des erloschenen Rechts erzeugen, doch nicht geeignet seien, die auf Anerkennung eines noch bestehenden Rechts gerichtete Klagbitte jenen Einreden gegenüber aufrecht zu erhalten. Diese Entscheidung werde ganz bestimmt gerade im Gegensatze zu der Restitution gegen einen Exceptionsgrund in L. 2 C. si advers. transact. 2. 32 gegeben u. s. w.

Uns scheinen alle zur Begründung der aufgestellten Behauptungen von Wetzell vorgetragenen Argumente so treffend zu sein, daß wir nichts weiter hinzuzufügen brauchen. Ueber die Regulirung der Beweislast in dem Falle, da die vorgeschützte Einrede auf einem Rechte beruht, uns weiter zu verbreiten, dürfte ebenfalls nach dem bereits Vorgetragenen überflüssig sein. Nur einige Bemerkungen mögen zur Widerlegung scheinbarer Gegengründe noch hier Platz finden.

Wenn man behauptet hat, daß wenigstens in Ansehung solcher Erlöschungsgründe von Rechten eine Ausnahme Statt finde, welche ihren Grund in einem mutuus consensus haben, indem diese auch durch gegenseitige Uebereinkunft wieder müssen beseitigt werden können, (arg. L. 80 D. 46. 3) so daß, wenn z. B. der Schuldner durch Delegation befreiet wäre, letztere mit Einwilligung der Obligationsinteressenten würde wieder rückgängig gemacht und vereinbart werden können, daß die ganze Delegation als nicht geschehen betrachtet werden und das alte Schuldverhältniß bei Kräften bleiben solle, so ist dies ein ganz falsches Raisonnement. Noch weniger ist es richtig, wenn man gesagt hat, daß falls A dem B

seine Schuld zahle, B das Geld noch auf dem Tische liegen habe, und nun A, welcher sich entfernt habe, bei seiner Zuhausekunft die Nachricht erhalte, daß er sofort eine der gezahlten ähnliche Summe bei Meidung schwerer Nachtheile an einen Dritten zu zahlen habe, darauf zu B zurückgekehrt diesen bewege, ihm das daliegende Geld wieder zu erstatten und die Sache so anzusehen, als ob gar keine Zahlung erfolgt sei (damit nicht durch Aufnahme eines neuen Schulddocuments, neuer Pfandbestellung u. s. w. unnütze Kosten hervorgerufen werden); daß in diesem Falle durch den ganzen Zahlungsact in der Sache nichts geändert sei. Es läßt sich schlechterdings doch nicht einsehen, wie es möglich sein sollte, wirklich erfolgte Thatsachen nudo consensu ungeschehen zu machen. Wenn also, um bei dem letzten Beispiele zu bleiben, Zahlung wirklich erfolgt ist, wenn das Gegebene animo solvendi dem Gläubiger zugestellt und von ihm in diesem Sinne entgegengenommen ist, tritt ja ipso jure auch Erlöschung der Forderung ein, folglich kann die spätere Vereinbarung immer nur den Sinn haben, daß ein Rechtsverhältniß von derselben Art wie das frühere entstehen, nicht aber daß das gar nicht mehr vorhandene fortbestehen solle. Die L. 27 §. 2 D. 2. 14 dürfte diese unsere Ansicht klar bestätigen. In der Behauptung des neu entstandenen Rechts würde immer eine unzulässige Klagenänderung liegen, und wenn man gemeint hat diesem Bedenken dadurch begegnen zu können, daß die Continuation des bisherigen Verfahrens ohne Gefahr für den Beklagten sei, weil er alle Einwendungen, die ihm gegen den neuen in der Replik enthaltenen klägerischen Anspruch zu Gebote stehen, als Einwendungen gegen die Replik vorbringen könne, andererseits aber in einer neu anzustellenden Klage der Kläger die vorige Replik anticipiren, d. h. alles bereits Verhandelte wiederholen müßte, so reicht man auch mit dieser Betrachtung — abgesehen von dem Widerspruch, in dem sie mit den Bestimmungen des §. 34 und 37

des J.R.A. steht — nicht aus. Denn dann ist doch in der Repliken-schrift eigentlich erst die Klage enthalten, was man Replik nennt, ist Klage.

§. 19.

Was nun endlich die den Repliken entgegenzusetzenden Dupliken, die wider diese vorzubringenden Tripliken u. s. w. anlangt, so haben wir etwas Besonderes darüber nicht zu sagen, da sich die vorhin aufgestellten Regeln hier lediglich wiederholen [a]).

§. 20.

Ein Rückblick auf den Inhalt der Paragraphen 11—19 ergibt zwar, daß alle daselbst erwähnten dem Beklagten wie dem Kläger zustehenden Vertheidigungsarten in der Aufstellung selbstständiger Behauptungen von Thatsachen bestehen; allein man würde sehr irren, wenn man mit den ältern Schriftstellern in einer jeden derartigen Behauptung, mit welcher der Beklagte der Klage, der Kläger den Behauptungen der Vernehmlassung u. s. w. entgegentritt, eine Einrede, Replik u. s. w. erblicken wollte. Dergleichen kann ebenso gut eine Verneinung der Klagethatsachen, des Thatsächlichen einer Einrede u. s. w. sein. Denn, um zunächst bei der Beantwortung der Klage stehen zu bleiben (und dieses wird genügen, da es auch für alle fernere Parteivorträge maßgebend ist), so läßt sich nicht verkennen, daß ein Leugnen der Klagethatsachen nicht bloß direct (pure), sondern auch in der Weise erfolgen kann, daß der Beklagte solche facta an Stelle der vom Kläger vorgetragenen behauptet, deren Existenz mit dem Dasein der letzteren so unverträglich ist, daß sich, wären jene wahr, die Unmöglichkeit dieser mit Nothwendigkeit ergeben würde. Auf solche Weise hat der

a) Vergl. Bethmann-Hollweg S. 364. 365.

Beklagte nicht bloß geleugnet, sondern auch die Negation sofort motivirt, daher man neuerdings auch dieselbe als „motivirte Verneinung" bezeichnet hat[a]). Beispiele mögen die Sache deutlicher machen:

Wer von mehreren zusammen eine Klagethatsache bildenden factis eines leugnet, hat offenbar jene Thatsache selbst negirt, denn dieselbe bleibt, weil ein nothwendiges Glied in der Kette der sie bildenden facta fehlt, entweder keine relevante, oder doch nicht diejenige, welche sie sein soll. Dasselbe muß auch angenommen werden, wenn statt des negirten facti ein ganz neues eingeschoben wird. So hat der aus einem Handel über ein weißes Pferd Verklagte durch die Behauptung, daß der Handel über ein braunes geschlossen sei, deutlich ausgesprochen, daß jedenfalls das Kaufobject nicht dasjenige ist, worauf die angestellte actio emti geht. Zwar hat Beklagter der Form nach zugleich affirmirt, aber dieses ist für den vorliegenden Proceß ganz gleichgültig, weil es sich in diesem um das verkaufte weiße Pferd handelt, es ist, wie Schneider treffend sagt[b]), ebenso gleichgültig wie ob Beklagter angegeben hätte, daß über ein Eichhörnchen, ein Pfund Kaffee oder ein Rittergut gehandelt worden sei.

Nicht anders steht die Sache, wenn der Beklagte auf Leistung

---

a) S. Fitting, über Beweis und Gegenbeweis, Erlangen 1853, S. 59. Planck, Beweisurtheil S. 283. In den meisten der hierher gehörigen Fälle sprach man früher von einem „qualificirten Geständnisse", ein Ausdruck, der ganz geeignet war, die Sache in das unrechte Licht zu setzen. Ebenso unpassend war es, von „bedingtem" Geständnisse zu reden, denn darunter denkt man sich richtiger den Antrag einer Partei zu einer Vereinbarung mit der andern etwas für wahr annehmen zu wollen, wenn der Gegner etwas von dem, der diesen Vorschlag macht, Behauptetes für richtig annehmen will. (Sibeth, Skizze der Klagen und Einreden S. 38. Vergl. auch Mühlenbruch, Proc. §. 284. sub 2).

b) Vergl. dessen ausgezeichneten Aufsatz in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung im Königreiche Sachsen, Band 9.

einer species belangt, erklärt, daß er in genere, oder alternativ, dieses oder jenes je nach seiner Wahl, versprochen habe, oder wenn er auf die Klage wegen eines verkauften Pferdes erwidert, das Kaufobject sei ein Maulthier gewesen, oder wenn er der klägerischen Behauptung, daß er das zurückgeforderte Buch geliehen habe, mit der Bemerkung begegnet, er habe es geschenkt erhalten, endlich wenn er angibt, daß er für die eingeklagten 1000 Thlr. nicht des Klägers Haus, sondern Haus und Garten gekauft habe. Völlig unzutreffend hat man in dergleichen Fällen eine s. g. exceptio rei non sic sed aliter gestae erblickt und den Beklagten mit Beweisen belasten wollen, während doch Beklagter keineswegs hat zugestehen wollen und nicht eingeräumt hat, worauf es in concreto ankommt, vielmehr durch die Affirmation nur den Grund angibt, weßhalb er nicht zugesteht[a]). In dem Vortrage der motivirenden Thatsachen liegt weiter nichts als ein freiwilliger und deßhalb keine Verbindlichkeit zur Beweisführung erzeugender Versuch, die Unwahrheit der Klagethatsachen schon im ersten Verfahren aufzudecken[b]) also eine Anticipation des Gegenbeweises. Beklagter hätte sich hier auf ein pures, directes Leugnen beschränken dürfen[c]), wollte man auf jene anticipirt vorgetragenen Thatsachen interloquiren, so thäte man ihm Unrecht, weil ihm dadurch seine unstreitige Befugniß entzogen würde, seinen Gegenbeweis nach Belieben auf natürliche oder künstliche Art zu führen[d]).

---

a) Vergl. Schneider l. c. S. 15.

b) Planck l. c. S. 284. „Der Beklagte thut durch solche Anführungen dasselbe, was der Kläger durch Zergliederung seiner thatsächlichen Behauptungen. Er löset seine Verneinungen in die Anführung selbstständiger Thatsachen auf, aus denen ein Schluß auf die Richtigkeit der Verneinung hinführt."

c) Daß dem der §. 37 des J. R. A. nicht widerstreite, zeigt Albrecht l. c. S. 203. not. 19.

d) Vergl. Wetzell l. c. §. 19 a. E. Planck l. c. S. 291.

Eine Differenz in der Angabe von Quantitäten ist nicht überall als ein Leugnen aufzufassen. In dieser Hinsicht verdient, was Wetzell[a]) bemerkt hat, alle Beachtung. Er unterscheidet nämlich einseitige und zweiseitige Verträge, aus denen geklagt ist. Leugne Jemand 100 als Darlehn empfangen zu haben, so bleibe die Möglichkeit offen, daß die geliehene Summe 99 betragen, dennoch sei weder das Ganze noch ein Theil als eingeräumt zu betrachten. Ausdrücklich könne dagegen der Empfang eines bestimmten Theils bekannt, der eines andern bestritten werden, weil sich ein Darlehn von 100 in mehrere Geschäfte dieser Art mit einem jener Summe gleichkommenden Gesammtbetrage auflösen lasse, nur bewirke doch die Einheit des Geschäfts, daß der Beweis auf die ganze Summe (nicht bloß auf 60 sondern 100) zu richten sei, obschon das Mißlingen desselben die Wirkung des Geständnisses nicht wiederaufhebe[b]). Bei den zweiseitigen Geschäften werde aber wegen der Einwirkung der Gegenleistung das theilweise Leugnen einer angeblich versprochenen Qualität überall da als ein Widerspruch gegen den ganzen Vertrag anzusehen sein, wo sich nicht sagen lasse, daß das majus auch das minus enthalte, wo also ein bei Abschluß des Geschäfts vorhandener Irrthum über die Quantität den ganzen Vertrag ungültig gemacht haben würde[c]). Die Differenz der Behauptungen betreffe hier ein Moment, wodurch das Geschäft wesentlich bestimmt werde, das theilweise Eingeständniß sei nur ein scheinbares, während der Sache nach die eine Behauptung durch die mit derselben unvereinbare andere ausgeschlossen, mithin indirect geleugnet werde.

---

a) Vergl. dessen System §. 19, S. 107.

b) S. hierüber auch Albrecht l. c. S. 202.

c) L. 52 D. locati (19. 2) vergl. mit L. 1 §. 4 D. de V. O. (45. 1).

Auch die Behauptung des Beklagten, daß ein vom Kläger geltend gemachtes Rechtsgeschäft unter einer unmöglichen oder sofort hinzugefügten Suspensiv-Bedingung vereinbart sei, ist als ein motivirtes Leugnen aufzufassen. Die Beweislast trifft mithin den Beklagten hier nicht als Hauptbeweis, sondern er kann höchstens solchen Beweis als einen Gegenbeweis zu führen haben. Vergl. d. Abh. Nr. XIII Am einfachsten ergibt sich das in Betreff der conditio impossibilis Gesagte. Das unter einer solchen verabredete Geschäft ist niemals ein gültiges gewesen[a]). Anstatt direct zu leugnen führt also Beklagter etwas an, dessen Sinn dahin geht, daß ein Contrahiren, wie er es behauptet, rechtlich als gar kein Contrahiren anzusehen sei, er hat die vom Gegner behauptete Thatsache des Vertragsabschlusses mit Berufung auf einen Vorgang geleugnet, der gar kein Vertragsabschluß ist[b]). Kläger muß daher den letztern beweisen, d. h. daß so die Verabredung (oder was ihr gleich geachtet wird) beschaffen war, wie er in der Klage[c]) angibt.

Schwieriger ist die Begründung dessen, was wir über die dem Geschäfte sofort beigefügte Suspensivbedingung bemerkten. Das in Bezug hierauf Gesagte gilt übrigens auch auf einen sofort beigefügten dies incertus[d]).

---

a) L. 31 D. 44. 7. „Non solum stipulationes impossibili conditioni applicatae nullius momenti sunt, sed etiam ceteri quoque contractus (veluti emtiones, locationes) impossibili conditione interposita aeque nullius momenti sunt" pp.

b) Beklagter räumt nicht ein, daß die Vereinbarung so erfolgte, wie der Gegner angibt, er erzählt einen Vorgang, der mit den vom Gegner behaupteten Thatsachen so unvereinbar ist, daß, die Wahrheit der beklagtischen Erzählung vorausgesetzt, Klägers Angabe nicht wahr sein kann.

c) Vorausgesetzt natürlich, daß die Klage begründet ist.

d) Puchta Pand. und Vorles. §. 62. v. Savigny, System Bd. 3 §. 125, wo die Fälle, in denen der dies als Bedingung aufzufassen ist, angegeben sind.

Ein unter der gedachten Bedingung verabredetes Geschäft gewährt conditione pendente noch gar nicht das Recht, welches der Kläger daraus ableitet L. 7 pr. D. 18. 1. ,,Conditionales venditiones tunc perficiuntur, quum impleta fuerit conditio."

L. 13 §. 5 D. 20. 1. ,,Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, quum nihil interim debeatur."

L. 213 D. 50. 16. ,,Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam, venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi ergo pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies, ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit, ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies conditione adhuc pendente."

§. 4 J. 3. 15. ,,Sub conditione stipulatio fit, quum in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit stipulatio committatur, veluti: si Titius Consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? Si quis ita stipuletur: si in Capitolium non ascendero, dare spondes? perinde erit, ac si stipulatus esset, quum moreretur sibi dari. Ex conditionali stipulatione tantum spes est, debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius, quam conditio exsistat, mors nobis contigerit." Von Bedeutung ist, daß in der letzten Stelle nicht etwa gesagt ist actio differtur, sondern: ,,differtur obligatio", (L. 3 D. 44. 7.) Wenn freilich der bedingt Berechtigte in mehreren Gesetzen ,,creditor" genannt, ihm auch das Recht zugestanden wird, Caution und andere Sicherheitsmaßregeln zu verlangen[a]), so ist, ab-

---

a) L. 4 D. 42. 6. ,,Creditoribus, quibus ex die vel sub conditione debetur, et propter hoc pecuniam nondum petere possunt, aeque se-

gesehen von andern möglichen Erklärungen dieses Umstands[a]), zu erwägen:

Bei dem von Anfang an suspensiv bedingten Vertrage hat man an zwei Vereinbarungen zu denken, wenn dieselben auch äußerlich selten als zwei erscheinen werden. Die Parteien sind nämlich darüber einig:

1. beim Eintritt der Bedingung das bedingte Geschäft geschlossen haben (nicht schließen) zu wollen;

2. sie sind einig über dieses Geschäft selbst.

Gesetzt A miethet von B eine Scheune für 50 Thlr. auf 6 Monate, falls die Erndte eine reichliche sein werde, so haben sie einen bedingenden und einen bedingten (den Mieth-) Vertrag verabredet. Der erstere ist als geschlossen zu betrachten, jeder Contrahent darf dem Andern gegenüber als creditor bezeichnet werden, das vorhandene obligatorische Verhältniß ist transmissibel auf die Erben[b]), verliert aber seine Bedeutung, wenn es sich entscheidet, daß die Bedingung nicht eintritt. Der bedingte Vertrag ist dagegen ein zur Zeit imperfecter, ein nur eventualiter verabredeter. Bloß die Möglichkeit seiner Existenz ist gegeben, (ob sich dieselbe verwirklichen werde, bleibt vorerst ungewiß, weil man nicht weiß, ob der Umstand, der zur Bedingung gemacht ist, jemals eintreten werde), er erzeugt gegenwärtig weder Rechte noch Pflichten, keine Klagen,

---

paratio dabitur, quoniam et ipsis communi cautione consuletur. L. 6 pr. D. 42. 4. Vergl. noch L. 5 pr. L. 13 §. 5 D. 20. 1.

a) Ueberall vergl. man die gründlichen Abhandlungen von Götting in der Zeitschrift f. Civilrecht und Proceß (neue Folge Bd. 1 S. 250) und Rob. Schneider in der Zeitschrift f. Verwaltung und Rechtspflege für Sachsen (Bd. 9 S. 23), wo auch darauf aufmerksam gemacht ist, daß das Wort „creditor" in der L. 4 D. 42. 6. (s. vorige Note) bedeuten soll „creditor conditionalis" von dem die Römer auch reden (L. 54 D. 50. 16) wie sie von einer conditionalis stipulatio sprechen, ohne an eine perfecte Stipulation zu denken.

b) §. 4 J. 3. 15. cit. L. 73. §. 1 D. 35. 2.

keine Transmission auf die Erben ist möglich[a]). Wer nun als Beklagter die Verabredung eines nur möglichen Rechtsverhältnisses im Gegensatze zu dem vom Kläger behaupteten wirklichen anführt, hat offenbar letztere geleugnet, er sagt nicht, die thatsächlichen Prämissen des wirklichen Rechtsverhältnisses haben Statt gehabt, er erzählt einen ganz andern Vorgang, als den vom Gegner in der Klage zu deren Begründung mitgetheilten[b]), beide schließen einander aus.

Wenn wir also allem Gesagten nach dem Kläger den Beweis auferlegen müssen, so entsteht die Frage: soll er die Abwesenheit der Bedingung, soll er die puritas negotii darthun? Dazu kann er nicht angehalten werden, denn da das factische Klagefundament durch die Behauptung geleugnet ist, kann der Beweis kein anderer sein, als wenn jenes Fundament schlechthin geleugnet wäre. In der Behauptung der Bedingung liegt nur der Versuch, die Rechtmäßigkeit des Leugnens sofort nachzuweisen, Beklagter konnte hiermit warten bis zur Gegenbeweisführung[c]), durch die seinerseitige Anticipation der letztern kann unmöglich des Klägers Lage in Ansehung der Beweispflicht schlechter werden, als wenn Beklagter pure geleugnet oder auf die Klage gar nicht geantwortet hätte.

---

a) Vergl. Götting l. c. S. 274. Schneider l. c. S. 25. 26, wo auf L. 56 §. 8 L. 108 pr. D. 45. 1. L. 8 §. 1 L. 14 pr. §. 1 D. 46. 2 verwiesen wird, um zu zeigen, wie auch die Quellen die vorbereitende (bedingende) Stipulation von der eventuellen Obligation (bedingtem Rechtsverhältnisse) scheiden.

b) Vergl. Schneider l. c. S. 30 und im 10. Bande der angef. Zeitschr. S. 341. „Hier hat also Beklagter die Perfection geleugnet, d. h. nicht bloß die rechtlichen Folgen oder die rechtliche Beschaffenheit eines schon geschlossenen Vertrags, sondern dessen Dasein als eine äußerlich erkennbare Thatsache." Es ist doch auch gewiß nicht dieselbe Thatsache, wenn Jemand sagt: „Ich verspreche dir 10, falls du Consul wirst", und wenn er sagt: „Ich verspreche dir 10", denn es sind ja nicht dieselben Worte gefallen.

c) S. Archiv Bd. 22 S. 229 not. 56. Zeitschr. f. Civilrecht u. Proc. Bd. 3 (der neuen Folge) S. 170 not. 6. Albrecht l. c. S. 201. R. Schneider l. c. B. 9 S. 52.

Es sind die als äußere Merkmale erscheinenden thatsächlichen Voraussetzungen der Entstehung des in der Klage behaupteten Geschäfts, welche Kläger außer Zweifel setzen muß, damit der Richter sich überzeuge, daß das Geschäft wirklich zu Stande gekommen ist [a]). Sobald jene Voraussetzungen vorliegen, darf und muß schon ein Schluß auf das vom Kläger aus dem Vertrage hergeleitete Recht gezogen werden. Kläger wird z. B. seinen Beweis schon führen, wenn er eine an sich beweisfähige Urkunde vorlegt, welche nichts von einer Bedingung (weder daß solche beigesetzt, noch daß sie ausdrücklich ausgeschlossen sei) ergibt [b]); er kann ferner Zeugen vernehmen lassen und wird, wenn sie übrigens tüchtig sind und den Abschluß des Geschäfts bekunden, der Beweispflicht genügt haben, sollten die Zeugen auch nicht ausdrücklich deponiren, daß keine Bedingung festgesetzt wurde, Kläger braucht auf letzteren Punkt die Beweisartikel gar nicht zu richten [c]), sondern es ist Sache des Gegners dafür zu sorgen, daß die Zeugen hierüber vernommen werden. Besondere Bedenken hat man in Ansehung der Antwort auf die Frage erhoben, wie bei der durch Eidesdelation unternommenen Beweisführung die Schwurformel lauten solle. Es läßt sich nicht verkennen, wie leicht hier Mißverständnisse und Mentalreservationen, letztere namentlich im Falle einer Eidesrelation, unterlaufen können, die sich auch dadurch nicht immer werden verhindern lassen, daß der Richter der Partei, bevor sie schwört, über Bedeutung der Suspensivbedingung und Perfection eines Vertrags Belehrung ertheilt [d]). Sind in der Klage die Worte angeführt, die beim Vertragsabschluß gebraucht sein sollen, und ergeben sie mit Sicherheit

---

a) Schneider l. c. S. 46.

b) Vergl. Mühlenbruch, Proc. §. 284.

c) Archiv Bd. 22. S. 227.

d) Denn wer wollte annehmen, daß der Richter hier von einem Laien verstanden werden würde?

einen Schluß auf Perfection des Geschäfts, so kann auf sie, (resp. daß sie nicht gebraucht sind) die Eidesformel gestellt werden, sonst muß der Richter durch einen Zusatz[a]) helfen, was in der Praxis auch gebräuchlich ist[b]).

Mit dem Resultate[c]) unserer Erörterung stimmen nicht nur die ersten Autoritäten[d]), sondern auch Urtheile[e]) der höchsten Gerichte Deutschlands überein.

Was bisher von der Suspensivbedingung gesagt ist, bezog sich auf den Fall, da diese dem Geschäfte sofort hinzugefügt wor-

---

a) Z. B. „daß Beklagter nur unter der Bedingung sich verbindlich gemacht, daß" u. s. w. — resp.: „daß Kläger mit dem Beklagten unbedingt dahin sich verabredet" u. s. w.

b) Schneider l. c. Bd. 9 S. 50.

c) Danach müssen auch die Fälle entschieden werden:
1. Wo der Beklagte anführt, es sei bei einem Handel eine noch nicht erfolgte Zumessung verabredet L. 35 §. 5. 6. und 7 D. 18. 1.
2. Ebenso wenn der Beklagte angibt, er habe auf Probe gekauft §. 4 J. 3. 23. Thöl, Handelsrecht §. 70. Heise und Cropp, jurist. Abh. Bd. 1 S. 191. Göschen Pand. §. 498. v. Vangerow, Pand. §. 635.
3. Desgleichen wenn Beklagter behauptet, der Preis sei vom Ermessen eines Dritten, der diesen noch nicht entschieden habe, abhängig gemacht L. 25 pr. D. 19. 2. §. 1 J. 3. 23. — L. 15 C. 4. 38.

d) Wetzell l. c. S. 109 (welcher die von uns vertheidigte Ansicht für die in der Theorie u. Praxis überwiegende erklärt), und die in not. 14 daselbst citirten Autoren, — Bayer l. c. S. 739.

e) Eine Aufzählung derselben gibt Schneider l. c. Bd. 9 S. 8. Nach Seuffert's Mittheilung (l. c. Bd. 2 Nr. 330) ließ das Ober-Appell.-Ger. in Dresden den Kläger beweisen, indem man davon ausging, daß Beklagter seine Einwilligung „nur für einen gewissen Fall in voraus zugesagt" haben wolle, welche, „wenn dieser Fall nachher nicht eintritt, als nie ertheilt anzusehen" sei. Wollte „man der Ansicht des Klägers" (daß nämlich Beklagter als geständig zu betrachten) „Folge geben, so würde man dahin kommen, die Einräumung des Klagegrundes in einer Menge von Fällen anzunehmen, in denen solche durchaus nicht in der Absicht des Beklagten lag." S. noch Seuffert Bd. 4 S. 63 und Bd. 8 Nr. 311.

den ist; dasselbe wird auch dann Platz greifen müssen, wenn der Beklagte angibt, er habe bereits vor der Vereinbarung, aus welcher Klage erhoben ist, erklärt, daß er einen etwaigen Vertrag nur unter einer Suspensivbedingung eingehen werde. Dabei setzen wir indeß voraus, daß eine derartige Erklärung den Umständen nach als ein Theil der über das Geschäft gepflogenen Verhandlungen wirklich angesehen werden kann, was wir z. B. nicht annehmen würden, wenn die Erklärung des Beklagten der Zeit nach von der späteren Vereinbarung über das Geschäft so fern läge, daß man beide als mit einander in gar keiner Verbindung stehende Thatsachen ansehen müßte.

§. 21.

Die vorstehenden Erörterungen sind nun zwar lediglich durch Belege unterstützt, welche aus dem corpus juris civilis hergenommen wurden, und unsere Behauptung (§. 5. a. E.) daß die Canonisten das Beweislast-Princip der Römer nicht umgestoßen haben, bedarf noch eines Nachweises umsomehr, als gerade diejenigen Processualisten, die überall Präsumtionen finden, sich vorzugsweise auf das canonische Recht berufen. Wir hoffen indeß zeigen zu können, daß die römischen Grundsätze nicht nur den Canonisten bekannt waren, sondern auch in vielen Fällen von ihnen befolgt wurden; gelingt uns dieses, so glauben wir auch behaupten zu dürfen, daß die wenigen Fälle, wo dieselben nicht zur Anwendung gekommen sind, keineswegs als solche erscheinen können, die eine Regel bilden, welche eine Mißbilligung der Bestimmungen des römischen Rechts erkennen ließe, und noch weniger wird sich sagen lassen, daß wenn der Canon eine solche Regel wirklich geschaffen hätte, dieselbe in den gemeinen deutschen Proceß übergegangen sei. Dieses dürfen wir um so entschiedener als zweifellos hinstellen, als ja das corpus juris canonici einem großen Theile nach Bestim-

mungen enthält, die gar nicht auf das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten berechnet sind, und es nicht an ausdrücklichen Aussprüchen fehlt, in welchen die Päbste erklären, daß Differenzen in Sachen, welche die Römer als Gegenstände des Privatrechts ansahen, nicht als reine Privatrechtsstreitigkeiten zu beurtheilen, namentlich nicht nach den streng civilprocessualischen Vorschriften zu behandeln seien[a]). Wenn endlich auch im canonischen Recht eine Vermehrung der Rechtsvermuthungen sich finden soll, so hoffen wir darthun zu können, daß solche in dem Umfange, wie man gemeint hat, in der That durch dasselbe gar nicht statuirt worden ist.

Uebrigens dürfen und müssen wir in unsern nachfolgenden Ausführungen aus dem Grunde mit mehr Kürze zu Werke gehen, als es in den §§. 6—19 geschehen ist, weil dort manches Beispiel nur zum bessern Verständnisse des von uns für das richtige gehaltenen Princips, wonach sich die Beweislast vertheilt, gegeben wurde, und eine nochmalige Entwickelung des Princips selbst nach allen Seiten hin eine völlig überflüssige, den Leser ermüdende Sache wäre.

Es läßt sich klar nachweisen, daß auch die Canonisten ihre Ueberzeugung von der Wahrheit eines behaupteten Rechts oder Rechtsverhältnisses auf das, was wir die äußere Erscheinung desselben nennen, zu bauen gewohnt sind; daß sie sich bei der Frage, was für wahr zu halten oder nicht, von äußern Eindrücken leiten lassen[b]), wenn sie nicht gar weiter gingen als die hierin, wie es

---

a) Z. B. c. 1 X. 2. 6. ,,Consultationi vestrae taliter respondemus; quod licet ordo judiciarius in aliis controversiis sit servandus, et in matrimonialibus causis, non usquequaque servetur" pp.

b) Z. B. c. 19 X. 1. 6. ,,Item quum post appel. emissam Archidiaconus cum suis fautorib. Chorum exiisset, et vos illos ut interessent electioni faciendae vobiscum curassetis sollicite revocare, (quoniam ad electionem faciendam accedere noluerunt) alienos se fecisse videntur:

uns wenigstens scheint, vorsichtigeren Römer. Schon deßhalb läßt sich annehmen, daß sie für den Nachweis der Entstehung eines Rechts, welches Jemand geltend machte, die Klarstellung der als äußere Merkmale erscheinenden Thatsachen genügend gehalten haben. Und wie sie in Uebereinstimmung mit den Römern an dem Satze festhalten: „actore non probante reus absolvitur"[a]), so finden wir auch den Umfang der den Kläger treffenden Beweislast in einer Reihe von Stellen des corp. jur. can. ganz im Einklang mit den römischen Grundsätzen bestimmt.

So in c. 7 X. 3. 36., wonach der Bischof von Sabina die Entstehung seines Oberaufsichts- und Jurisdictionsrechts durch Klarstellung von factis erweiset, resp. hätte erweisen können, welche als äußere Merkmale erscheinen, wobei noch bemerkt ist,

---

propter quod electioni a vobis juxta formam mandati Apost. concorditer celebratae, de jure non posse contradicere videbantur." pp.

C. 34 ibid.: „Fuit quoque a Praed. nostro excommunicationis vinculo innodatus, quod postmodum recognovit, dum per nuncium suum absolutionis beneficium postulavit: unde patet, quod ipse fuit excommunicatus" pp.

C. 10 X. 2. 19. „Quia vero mulier illa de dicto T. suscepisse R. de quo agitur, primitus constanter asseruit, et idem T. praefatae mulieris praecipue devictus instantia, ipsum suum filium publice recognovit, et filius ejus nominatus communiter fuit, et habitus ab ambobus, ejusdem mulieris postmodum juramento in contrarium praestito non est standum." pp.

C. 21 X. 4. 1. „Ad id, quod per tuas literas intimasti de quadam Paroeciana tua, quam suus vitricus cuidam Teuthonico matrimonialiter copulavit: taliter respondemus, quod quamvis undecim annos habens ab initio invita fuisset ei tradita et renitens; tamen quia postmodum per annum et dimidium sic cohabitans, consensisse videtur, ad ipsum est cogenda redire; nec de cetero recipiendi sunt testes, si quos memorata mulier ad probandum, quod non consenserit in eundem, nominaverit producendos, quum mora tanti temporis hujusmodi probationem excludit: Mandamus igitur ut propter hoc" pp.

a) C. 1 X. 3. 12. „Quum enim juris sit explorati, quod actore non probante is, qui convenitur, etiamsi nihil praestiterit, debet absolvi" pp. C. 3 i. f. X. 2. 12. „et actore non probante, qui convenitur, et si nihil praestiterit, obtinebit."

daß der Beweis des Untergangs seines Rechts Sache der Gegner sein würde, — so braucht nach einer Reihe von päbstlichen Aussprüchen der Pfründner nur die Uebertragung der Pfründe darzuthun, dagegen liegt der Beweis darüber, daß dieser ein Hinderniß entgegengestanden, oder die Uebertragung erschlichen sei, demjenigen ob, welcher dergleichen behauptet[a]) — im Decr. Gratiani finden sich manche mit dem römischen Rechte harmonirende Bestimmungen über Beweis von Gründen der Scheidung einer Ehe, Trennung des Verlöbnisses, Rückgabe der Güter — für den Beweis des Zehntrechts ergibt c. 2 §. 5 in VI. 3. 13. c. 3 X. 3. 30. c. 15 X 5. 33 das Nöthige[b]) — in Ansehung des Beweises eines Patronatrechts Conc. Trident. Sess. 25 c. 9 z. A. — über den Beweis über Verwaltung von Kirchengut s. c. 2 Caus. 12. qu. 4 — ferner über Beweis bei der Ersitzung c. 4 X. 2. 30. c. 8 X. 2. 26, wonach der Beweis der Unterbrechung dem diese Behauptenden zufällt.

Daß der Beweis des Untergangs eines einmal existent gewordenen Rechts den Beklagten trifft, wenn er solchen behauptet hat, also eine vernichtende Einrede opponirt, ergeben bereits einige der oben citirten Stellen, wie denn überhaupt behauptet werden darf, daß der Beweis aller Arten von Einreden ganz nach römischen Grundsätzen behandelt ist. (Vergl. c. 3 X. 3. 27. c 6 caus. 16. qu. 3. c. 5 X. 1. 9). Endlich finden sich ganze Processe, in denen die Beweislast vollkommen nach den Grundsätzen des römischen Rechts regulirt ist, in c. 10 X. 3. 28 (wobei zu vergleichen c. 5 in VI. 3. 12). c. 6 X. 2. 25 und c. 8 X. 2. 19. mitgetheilt.

---

a) Vergl. c. 17 in VI. 3. 4. c. 8 X. 3. 8. c. 16. 31 X. 1. 6.

b) Die erste Stelle besagt, daß nur Gewißheit der Entstehung, die zweite, daß nur eine die Entstehung deutlich bekundende Thatsache, die, wie z. B. die Vertragshandlung als äußeres Merkmal der Entstehung erscheint, erforderlich ist, um dem, der das Recht in Anspruch nimmt, es zuzuerkennen.

In Betreff der angeblich durch das canonische Recht so erheblich vermehrten praesumtiones juris verweisen wir auf die bereits S. 195 und 196 sich findende Bemerkung, wonach nicht allemal, wo das Gesetz eines Wahrscheinlichkeitsgrundes gedenkt, der Ausspruch einer Rechtsvermuthung anzunehmen ist. Das Wort praesumtio wird im corpus juris canonici sowohl da gebraucht, wo in Folge eines oder mehrerer Gründe eine wirkliche probatio vorliegt, als auch in dem Titel „de praesumtionibus" Fälle aufgeführt sind, in welchen einer oder mehrere Wahrscheinlichkeitsgründe eine für den concreten Fall genügende Gewißheit geschaffen hatten[a]), auch kommen darin Fälle vor, wo eine praesumtio **juris** offenbar nicht hat ausgesprochen werden sollen. So z. B. c. 10 X. 2. 23[b]), wo nur hat gesagt sein sollen, daß, da wo das thema prob. an sich schon etwas Unwahrscheinliches enthalte, man ohne besonders gewichtige Beweisgründe nicht annehmen dürfe, daß es bewiesen sei; ebensowenig ist in c. 6 X. 1. 41. von einer Rechtsvermuthung die Rede. Endlich wird auch (z. B. in c. 27 X. 2. 20) von einer praesumtio (in c. cit. sogar einer violenta) in der Weise gesprochen, daß sie erst in Verbindung mit andern Beweisgründen einen Beweis machen soll, woraus doch klar hervorgeht, daß der Ausdruck nicht mit Nothwendigkeit auf eine Rechtsvermuthung hinweiset. Die einzelnen wirklich aus-

a) c. 30 X. 4. 1, wo von den s. g. sponsalibus de praes. die Rede ist, Walter, Kirchenrecht §. 296 not. r (Aufl. 8). c. 13 X. 2. 27. c. 2 in VI. 2. 5, wo eigentlich nicht gesagt sein soll, die Präsumtion streite für widerrechtlichen Erwerb, sondern, die Lage der Grundstücke liefere nach gesetzlicher Bestimmung Gewißheit des der Kirche von B. zustehenden Rechts, die Stiftsherrn müßten daher beweisen, daß dieses auf sie übergegangen sei.

In c. 3 in VI. 2. 10 wird die bis zum Erfüllungseide vorliegende Gewißheit praesumtio genannt.

b) Auch c. 11 X. 2. 23, wo eine Concurrenz v. praesumtiones facti noch verstärkt werden soll.

gesprochenen praesumtiones juris sind aber bei weitem nicht ausreichend, um die in den römischen Gesetzen sich findenden Principien über Feststellung der Beweislast zu alteriren.

§. 22.

Wenn wir nun in den vorstehenden Paragraphen die Grundzüge, wonach die Beweislast festzustellen sein wird, insoweit es die Anlage dieses Werks erfordert und gestattet, glauben gegeben zu haben, nehmen wir gleichwohl keinen Anstand zu bemerken, daß auch für denjenigen, der sich an unsere Darstellung hält, die Sache in concreten Fällen immer ihre Schwierigkeiten haben kann. Letztere kommen aber nicht auf Rechnung unseres aufgestellten Princips, haben vielmehr, wie wir schon früher[a]) andeuteten, ihren Grund darin, daß man sich im materiellen Rechte nicht einig ist über den Grund manchen Rechts[b]) und nicht klar oder im Irrthume über die juristische Bedeutung mancher Thatsache. Dieses an einigen Beispielen nachzuweisen, wird unsere nächste Aufgabe sein.

1. Wem wollen wir den Beweis auferlegen, wenn der Beklagte dem mit der hereditatis petitio aufgetretenen Intestaterben den Einwand macht, er habe nachzuweisen, daß der Erblasser intestatus verstorben sei?

Nimmt man an, daß die Gesetze überhaupt jedem Verwandten ein Recht zur Erbfolge geben, so wäre — abgesehen von dem erfolgten Ableben des zu Beerbenden — das verwandtschaftliche Verhältniß Klagethatsache, deren juristische Bedeutung indeß als niemals existent geworden betrachtet werden müßte, wenn der Verstorbene ein Testament gemacht hätte; durch die desfallsige Behauptung hätte der Beklagte eine leugnende Einrede vorgeschützt, deren Beweis ihn treffen würde.

---

a) Vergl. S. 271.

b) Vergl. Bethmann-Hollweg, Vers. S. 352. Bayer l.c. S. 730.

Geht man dagegen, wie es Einige thun, von dem Gesichtspunkte aus, daß den Verwandten von den Gesetzen überhaupt nur dann ein Erbrecht beigelegt sei, wenn der Verstorbene nicht selbst für die Regulirung der Succession in seinen Nachlaß durch Aufrichtung einer letztwilligen Verfügung gesorgt hat, so würde außer dem verwandtschaftlichen Verhältnisse das Nichtvorhandensein eines Testaments eine von dem Kläger zu beweisende Klagethatsache sein; des Beklagten widersprechende Behauptung aber als negative Litiscontestation erscheinen.

Wir unsererseits treten der erstgedachten Ansicht bei aus Gründen, welche auseinanderzusetzen bei der desfalls erforderlichen Umständlichkeit hier nicht der rechte Ort sein dürfte. Auch die Praxis bekennt sich zu dieser Meinung.

Aeußert aber die juristische Bedeutung der Verwandtschaft ihren Einfluß darin, daß sie zur Erbfolge legitimirt, so muß man weiter die etwa vom Beklagten aufgestellte Behauptung, daß sein Gegner nicht der nächste oder daß er nicht der alleinige Intestaterbe sei, auch für leugnende Einreden halten, denn durch solche Behauptungen leugnet Beklagter ja nicht die Wahrheit der Klagethatsache, sondern er bestreitet, daß deren juristische Bedeutung überhaupt, resp. daß sie in totum existent geworden sei. Er ist daher zu dem Beweise gehalten, daß noch ein näherer Verwandter vorhanden sei, resp. daß und wie viele Miterben concurriren.

2. Wenn der Beklagte der angestellten actio de constituta pecunia mit der Behauptung entgegentritt, daß zur Zeit des eingegangenen constituti gar keine Obligation existirt habe, so wird dieser Einwand von Einigen als eine negative Litiscontestation, von Andern als eine Einrede aufgefaßt.

Die erstere Ansicht, welche wohl als die bislang herrschende bezeichnet werden darf, findet in den Worten des prätorischen Edicts „qui pecuniam debitam constituit" (L. 1 §. 1 D. 13. 5.)

„si appareat" (L. 16 §. 2 ibid.) „eam pecuniam, quum constituebatur, debitam fuisse" (L. 18 §. 1 D. ibid.) das Vorhandensein der durch das constitutum zu bestärkenden Obligation, als Klagethatsache, „als Bedingung" der Klage bezeichnet, was auch durch Ulpian's Ausspruch in L. 11 D. 13. 5. „Hactenus igitur constitutum valebit, si quod constituitur, debitum sit" seine Bestätigung erhalte. Daraus, — führt Bähr[a]) an —, ergebe sich der Unterschied zwischen dem constitutum debiti proprii und einer zwischen Gläubiger und Schuldner eingegangenen stipulatio ex causa praecedente. Die Stipulation habe ihrem Grundcharacter nach von dem ursprünglichen Schuldverhältnisse unabhängig dagestanden, und wegen dessen Mangels nur unter gewissen Voraussetzungen einer Anfechtung unterlegen; zu dem constitutum habe dagegen die ursprüngliche Schuld nicht im Verhältnisse der causa, sondern der Bedingung gestanden, ihr Mangel dasselbe ipso jure ungültig gemacht[b]), m. a. W. bei der Stipulation habe die Nichteristenz der Schuld eine Exception begründet, beim constitutum habe deren Existenz zum Klagegrund gehört, dem Kläger daher ohne Zweifel auch primitiv der Beweis derselben obgelegen.

Von einer ganz andern Seite hat neuerdings Fuchs[c]) die Sache aufgefaßt. Nach seiner Interpretation sind die Worte: „qui pecuniam debitam constituit" nicht zu übersetzen: „wer

---

a) Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. (Cassel 1855). S. 111.

b) Deutlich ergebe sich dieses aus L. 31 D. 13.5, wo Jemand sich irrthümlich für einen Schuldner erklärt habe und dann gefragt sei „an ex scriptura proposita de constituta pecunia conveniri possit, et an doli exceptione uti possit"? Des Scaevola Antwort habe gelautet: „nec civilem eo nomine actionem competere, sed nec de constituta secundum ea, quae proponerentur", der Aussteller der scriptura habe also keiner Exception bedurft.

c) Arch. f. civil. Praxis Bd. 42. S. 184 ff.

schuldiges Geld zu zahlen versprochen hat", sondern „wer Geld als schuldiges in Anerkennung seines Geschuldetseins constituirt." Diese eine Thatsache habe das vom Prätor mit einer Klage ausgestattete Rechtsverhältniß begründet, und sei im Edicte als unstreitig vorausgesetzt, in den Ausdrücken des letzteren, die sich in dem Pandektentitel „de constituta pecunia" finden[a]) und in der Zusammensetzung so lauten:

„Qui pecuniam debitam constituit — si appareat, eum, qui constituit, neque solvere (solvisse), neque fecisse, neque per actorem steterit (stetisse), quominus fieret, quod constitutum est, eamque pecuniam, quum constituebatur, debitam fuisse — adversus eum de constituto actionem dabo."

seien durch die Worte si appareat bis debitam fuisse dem Constituenten zwei Wege der Vertheidigung eröffnet, indem er entweder, das Constitut selbst in seiner Rechtsbeständigkeit unangefochten lassend, die Erfüllung (resp. deren vom Gläubiger verschuldete Unmöglichkeit) behaupten, oder das Constitut selbst als ein zu Recht nicht beständiges hinstellen könne, durch die Behauptung: „pecuniam tunc, quum constituebatur, indebitam fuisse", die ihm folglich zu beweisen obliegen würde.

Wir unsererseits finden diese Ansicht so natürlich und treffend begründet, daß wir ihr unbedenklich beitreten. Zunächst ist die Interpretation, welche Fuchs gibt, aus sprachlichen und logischen Rücksichten ebenso möglich als die Bähr'sche, sie steht wenigstens auf gleicher Stufe der Möglichkeit mit dieser[b]). Sodann aber folgt aus dem Umstand, daß Ulpian die Existenz der ursprünglichen Forderung als Bedingung des constituti hinstellt, wenn man dieses nämlich zugeben will, noch gar nicht mit Nothwendigkeit, daß der Kläger

---

a) L. 1. L. 16. L. 18 D. 13. 5.

b) Hier zeigt sich die Richtigkeit unserer im vorletzten Satze der not. a S. 279 hervorgehobenen Bemerkung recht deutlich.

jene Existenz zu beweisen hat. Die Worte Ulpian's in L. 13 cit. können ebenso gut auf eine leugnende Einrede hinweisen, wenn auch diese keine exceptio ist. Dies ist ebenso gut möglich, als daß nach dem früher (S. 310) Vorgetragenen bei der Berufung auf einen Verstoß gegen die L. Falcidia den Beklagten die Beweislast trifft, auch in diesem Falle ist das Legat in Betreff des Surplus wenigstens ipso jure nichtig; oder, um noch allgemeiner zu reden, es kann etwas sehr wohl für ein Erforderniß der Entstehung eines Rechts vom Gesetze erklärt sein, ohne daß es darum zur Klagethatsache, zum Gegenstand eines dem Kläger obliegenden Beweises wird. Noch mehr! Es hat viel größere Wahrscheinlichkeit für sich und entspricht gerade unserm aufgestellten Principe über die Beweislast des Klägers, wenn man von diesem nicht mehr als den Beweis des eingegangenen Constituts verlangt, weil darin das Rechtsverhältniß, aus welchem geklagt wird, seine äußere Erscheinung hat. Daß sich der Praetor mit einer Gewißheit des Constituts begnügte, macht der Umstand sehr wahrscheinlich, daß er seinem billigen Gefühle folgte, und man ihm keinen Leichtsinn, keine Leichtgläubigkeit vorwerfen konnte, wenn er aus dem in dem eingegangenen Constitut liegenden eigenen Geständnisse des Beklagten auf das klägerische Forderungsrecht einen Schluß zog. Jedermann ist doch als ein competenter arbiter seiner eigenen Angelegenheiten regelmäßig wenigstens dann anzusehen, wenn sein Ausspruch gegen ihn selbst ausfällt, sonst wäre ein außergerichtliches juristische Gewißheit lieferndes Geständniß nicht denkbar, was doch die Gesetze selbst annehmen[a]). Es steht also nichts im Wege, es ist sogar geboten, den Einwand des Beklagten, eine ursprüngliche Schuld habe gar nicht existirt, als eine Behauptung

---

a) Vergl. §. 11 a. E. der Abh. V. und außer den dort citirten Stellen L. 23 pr. C. 4. 29. auch Seuffert l. c. Bd. 12 Nr. 104.

anzusehen, wodurch die juristische Bedeutung der constituirenden Handlung bestritten wird, die folglich dem Beklagten zu beweisen obliegt.

3. Die Beantwortung der Frage nach der Beweislast bei der condictio causa data causa non secuta ist bislang meist deßhalb unrichtig erfolgt, weil man den Einfluß der juristischen Bedeutung übersah, welche dem facto der abseiten des Klägers an den Beklagten erfolgten Hingabe des Zurückgeforderten zukommt. Nur auf diese Weise konnte man dahin kommen, die Beweispflichtigkeit des Beklagten anzunehmen. „Die Beweispflicht des Klägers als solchen" — sagte man —[a]) „bezieht sich nur auf die positiven-thatsächlichen Grundlagen seiner Klage. Diese bildet lediglich die erfolgte Hingabe unter Verhältnissen, welche an und für sich die Rückforderung begründen. Bei der Hingabe waren beide darüber einig, daß das Geschäft eine materiell unvollendete Natur habe, und daß dasselbe erst durch Eintritt der causa zu einer innern Vollendung gelange; den Umstand, daß das so eingeleitete Verhältniß eine Veränderung erlitten, muß derjenige beweisen, welcher die Veränderung für sich geltend macht d. h. der Verklagte."

Es ist indeß zu erwägen, daß der Kläger das, was er fordert, mit seinem eigenen ihn bindenden Willen in's Vermögen des Beklagten gebracht hat[b]). Die juristische Bedeutung dieser Thatsache

---

a) Bähr, l. c. S. 64.

b) Dieser Umstand, dem man erst in neuerer Zeit die gebührende Aufmerksamkeit hat zu Theil werden lassen, ist in der Lehre von der condictio indebiti ebenfalls von großer Bedeutung, indem wir unter Berücksichtigung seiner in den Stand gesetzt werden, klar darzulegen, daß es ein Irrthum ist, wenn man bislang annahm, daß der §. 1 der L. 25 D. 22. 3 von der Regel, wonach den Kläger der Beweis des indebiti trifft, zu Gunsten des pupillus, minor, mulier, miles, agricultor et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens et desidiae deditus eine Ausnahme statuire. Daß vielmehr hier in Ansehung des Pupillen, dem wir nach heutigem Recht den minor gleichstellen müssen, eine Anwendung des Satzes, von dem wir ausgegangen sind, gemacht und

besteht aber darin, daß der Kläger nicht etwa das Gegebene beliebig wieder fordern darf, sondern im Vermögen des Beklagten lassen muß, bis sich die Deficienz der causa gezeigt hat. Allerdings ist durch die Voraussetzung, (causa) welche die Hingabe begleitete, dem Geber die Möglichkeit einer demnächstigen Rückforderung eröffnet, aber diese Möglichkeit wird doch nicht eher zu einem mittelst Klage zu realisirenden Recht des Gebers werden, bis es klar ist, daß der Eintritt der Voraussetzung nicht mehr zu erwarten steht. Wenn ich z. B. Jemandem eine Vermögenszuwendung mit der Voraussetzung mache, daß sie als dos für eine zu schließende Ehe

---

durch Schuld des Compilators, der dieses nicht begriff, eine Interpolation Betreffs der übrigen gedachten Personen Statt gehabt hat, ist auf bündige Weise von Bähr dargethan. Der Pupill, welcher nicht über sein Eigenthum verfügen kann, hat durch die Zahlung keinen Willensact geübt, wodurch er gebunden würde, woraus dem Empfänger ein Recht erwachsen wäre, das Gegebene geht so wenig in dessen Vermögen über, daß es vindicirt wird, wenn es noch vorhanden, widrigenfalls es condicirt werden kann (L. 19 D. 12. 6), ohne daß der Condicirende mehr als die Zahlung zu beweisen gehalten ist. Dagegen trifft dieser Grund, weßhalb der Kläger nicht das indebitum zu beweisen hat, bei dem miles u. s. w. nicht zu, um so weniger mag hieran gedacht werden, als darin eine wirkliche Ausnahme liegen würde, wodurch ein heilloser Zustand hervorgerufen würde, indem die gedachten Personen noch 30 Jahre lang bereits erledigte Schuldverhältnisse beliebig wieder zweifelhaft machen, ihre oder ihrer Vorgänger Zahlungen widerrufen und ihre Gläubiger, welche vielleicht die Beweise ihrer Forderungen inzwischen aus den Händen gegeben haben (z. B. durch Zurückgabe des Schuldscheins, wozu man sie sogar verpflichtet hält) in Schaden bringen könnten. Daß der Jurist Paulus, der solchen Ausspruch gethan haben soll, nicht auf diesen kommen konnte, ergibt der Umstand, daß derselbe doch anderer Orten (L. 1. L. 9 D. 22. 6) so genau zwischen entschuldbarem und nicht entschuldbarem Irrthum unterscheidet, von einer justa causa ignorantiae redet und folglich nicht denen, die in ihren Angelegenheiten unsorgsam oder gar liederlich verfahren, ein Privilegium gegeben haben wird, zu geschweigen, daß die Sprache des §. cit. L. 25 theilweise die Justinianeische und nicht die des Paulus zu sein scheint. Die Hypothese der Interpolation aller Worte von „vel minor" bis incl. „desidiae deditus" gewinnt mithin die größte Wahrscheinlichkeit, und es wäre zu wünschen, daß die Praxis unserer Gerichte dieses berücksichtigte. (Vergl. Bähr l. c. §. 23.)

gelten soll, wie kann ich sie als eine sine causa in des Empfängers Vermögen befindliche wieder verlangen, so lange die Ehe noch möglich ist? Dieses kann hier so wenig erlaubt sein, als wenn ich unter einer Resolutivbedingung gegeben hätte, und deren Eintritt noch nicht erfolgt oder noch ungewiß wäre.

Der Kläger hat daher die Deficienz der causa darzuthun, welcher Aufgabe er durch Darlegung eines der Voraussetzung widersprechenden positiven Ereignisses genügen wird, wenn die Voraussetzung negativer Art ist, während er, wenn sie positiver Art wäre, facta klar zu stellen haben würde, welche ergeben, daß die Voraussetzung nicht mehr eintreten kann.

Ausführlicheres über diese und andere den Beweis bei Condictionen betreffende Fragen findet sich bei Witte, die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts (Halle 1859) §. 23.

§. 23.

Wenn wir in den bisherigen Erörterungen nachgewiesen zu haben glauben, daß in den Stellen des römischen Rechts, welche von der Feststellung der Beweislast handeln, sich consequent diejenigen Grundsätze beobachtet finden, welche wir als die maßgebenden bezeichnet haben, so müssen wir andererseits zugeben, daß es Fälle gibt, in denen sie dennoch nicht zur Anwendung kommen. Ihrer sind aber so wenige, und die Gründe der Ausnahme von der Regel so triftige, daß um ihrer willen gegründete Zweifel an der Richtigkeit der von uns gefundenen Resultate nicht wohl aufkommen können. Dabei dürfen wir behaupten, daß nicht alle diejenigen Bestimmungen, in denen die Beweislast im Widerspruch mit jenen Ergebnissen festgestellt ist, wahre Ausnahmen sind.

Wenn z.B. nach L. 80 D. 6. 1[a]) der Beklagte für den Fall, daß sein

---

a) „In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere, se non possidere; ita tamen, ut si adversarius possit convincere, rem

Gegner ihm nachweiset, er habe mit Unrecht den Besitz geleugnet, verbindlich wird, darzuthun, daß die vindicirte Sache sein Eigenthum sei, während an und für sich der Kläger die Thatsachen der Entstehung seines Eigenthums hätte vorlegen müssen[a]), so ist diese Veränderung der Rolle des Beweisführers so gut als eine Strafe des böswilligen Leugnens anzusehen, als der Beklagte in dem Falle, wo er erwiesenermaßen den Empfang der mit der condictio indebiti geforderten Summe wahrheitswidrig geleugnet hat, nach L. 25 pr. D. 22. 3[b]) den Beweis des debiti zu übernehmen hat. Hier sind also wirkliche Ausnahmen vorhanden. Auch das deutsche Recht macht Ausnahmen von den Principien des römischen Rechts, obwohl es sonst nicht zu erkennen gibt, daß es dieselben mißbillige. Indeß dergleichen Abweichungen finden entweder kraft einer gewissen Autonomie der Parteien, oder aus Rücksichten Statt, welche die Verkehrsverhältnisse gebieten[c]);

ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet rem suam esse, non probaverit."

a) Vergl. not. b z. S. 277.

b) ,,ut si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit, et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem approbaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit, sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas" pp.

c) So wurde (nach Seuffert Bd. 7. Nr. 310), vom Ober-Appell.-Gericht in Lübeck entschieden, daß die Regel, nach welcher der Schiffer für die Beschädigung der verladenen Güter aufkommen müsse, sofern er nicht beweisen könne, daß der Schaden durch die innere Beschaffenheit der Waare, oder durch äußere von ihm nicht zu vertretende Unfälle entstanden sei (L. 3 §. 1 D. 4. 9.), dann eine Ausnahme erleide, wenn der Schiffer durch eine Clausel unter dem Canossemente (z. B. „frei von Bruch und Beschädigung") sich dagegen verwahre und der Ablader sich dieses habe gefallen lassen, wodurch zwar der Schiffer nicht von Ersatz für den durch eignes Verschulden angerichteten Schaden befreiet, dennoch aber so viel bewirkt werde, daß dann den Empfänger der Waare der Beweis des von ihm behaupteten speciellen Verschuldens treffe. — So erkannte dasselbe höchste Gericht (nach Seuffert Bd. 8 Nr. 310) eine handelsgebräuchliche Aenderung der Beweislast in Betreff der Justification einer Rechnung

und insofern läßt sich aus diesen abweichenden Bestimmungen sicherlich kein Argument gegen die Richtigkeit dessen anführen, was wir als regelmäßig zu befolgende Norm hinstellten.

Daß dagegen in der L. 25 §. 1 D. 23. 3 zu Gunsten des Pupillen gar keine Ausnahme gemacht, und das in Betreff der andern daselbst genannten Personen Gesagte nichts weiter als eine Interpolation ist, haben wir bereits oben (S. 351 not. b.) ausgeführt, und nur dadurch, daß man ein Versehen der Compilatoren annimmt, erklärt es sich dann auch, daß in §. 2 legis cit. sich der wunderbare Satz findet, wonach jene angeblich privilegirten Personen, falls sie nicht die ganze Schuld sondern nur einen Theil als nicht begründet anfechten, beweispflichtig werden[a]). Als Ausnahmen kann man auch nicht die s. g. negativen Einreden (z. B. exc. non impleti contractus) ansehen, indem diese nach der Ansicht Vieler dem Gegner den Beweis des positiven Gegentheils aufbürden, sie haben vielmehr das Eigenthümliche,

---

als Folge längern Schweigens des Rechnungsempfängers (verzögerter und nach Jahren erst aufgestellter Monita) an.

a) Bähr l. c. S. 86. Witte l. c. S. 168. „Der richtige Gedanke, welcher sich durch den §. 2 zieht, läßt sich dahin formuliren: in den Fällen, in welchen wegen der Persönlichkeit des Zahlenden der Empfänger den Beweis der Schuld erbringen muß, um nicht zur Rückgewährung des Empfangenen gezwungen zu werden, muß doch der Kläger diejenigen selbstständigen Thatsachen beweisen, auf die er sich der begründeten Schuld gegenüber berufen will, sei dieses nun behauptete Zahlung oder eine beliebige Exception. Daneben findet sich aber die abentheuerliche Idee, daß auch der an und für sich beweisfreie Condicent beweispflichtig werde, wenn er nicht die ganze Schuld, sondern nur einen Theil derselben als nicht begründet anfechte. Als ob Jemand dadurch, daß er eine Forderung theilweise einräumt, den Kläger von dem Beweise, daß er auch den Rest beanspruchen könne, befreie, und die ganze Summe entrichten müsse, wenn er nicht selbstständig die Grundlosigkeit der Mehrforderung darthun kann! Wahrlich! Nur das Gefühl, haltlose Bestimmungen in den §. 1 aufgenommen zu haben, und das Bestreben, die harten Consequenzen derselben durch willkürliche Einschränkungen einigermaßen zu mildern, konnte die Compilatoren zu einem derartigen Resultate führen."

welches sie mit andern Einreden z. B. der except. S. C. Vellej. theilen, daß der Kläger ihren Stoff unfreiwillig liefert und auf diese Weise der Excipient vom Beweise frei wird[a]).

Da der Beweis der except. non impl. contr. so viel Streit veranlaßt hat, wollen wir hierauf näher hineingehen.

Eine exceptio non impleti contractus kann überhaupt nur bei gegenseitigen Obligationen vorkommen d. h. bei solchen obligatorischen Verhältnissen, in welchen beide Theile als Gläubiger und Schuldner zugleich erscheinen, z. B. beim Kaufe und Verkaufe, wo der Käufer creditor in Ansehung der zu liefernden Sache, der Verkäufer rücksichtlich des zu zahlenden Preises ist. (Puchta §. 232). Hierbei machen entweder, obgleich selten, (z. B. bei dem Miethverhältnisse[b]) die Gesetze denjenigen bemerklich, der zuerst erfüllen muß, und der Andere kann dieses mittelst Klage verlangen, oder die Parteien selbst bestimmen die Ordnung. Ist weder jenes noch dieses der Fall, so ist es eine Unbilligkeit, wenn der eine Theil schon mit einer Klage auf Erfüllung hervortritt, bevor er selbst das gethan, was er von dem Andern verlangt, (bevor er erfüllt hat[c]). Die Gesetze erkennen dieses selbst an, sie geben dem Beklagten eine exceptio[d]) doli (im weitern Sinne), von den Neueren exceptio non impleti contractus genannt. Diese ist eine wahre Einrede: der Kläger hat zwar an und für sich schon aus dem bloßen Contracte ein Klagerecht[e]), und der Richter

---

a) S. Wetzell §. 17 a. E.

b) L. 24 §. 2 D. 19. 2.

c) Oder wenigstens die annehmbare Erfüllung offerirt.

d) L. 25 D. 19. 1. L. 13 §. 8 eod. Vergl. mit Puchta, Institut. II. §. 170 not. t. und Pand. §. 94. Heffter zu Weber Aufl. 3. S. 239 unten: L. 12 D. 44. 4. „Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.“

e) Ausgenommen höchstens Realcontracte, soweit man sie noch jetzt annimmt; bei diesen ist die Erfüllung Theil des Klagegrundes (L. 1 §. 2 D. 19. 4),

müßte den Beklagten demgemäß, wenn nur der Contract außer Zweifel ist, condemniren; gegen diese Folgerung des strengen Rechts sträubt sich aber das Billigkeitsgefühl, deßhalb wird dem Beklagten eine exceptio ertheilt, nur muß er zu erkennen geben, daß er sich ihrer bedienen will [a]). Beklagter beruft sich auf sein Recht, mit seiner Leistung noch zurückzuhalten, bis der Gegner geleistet hat, und der Grund dieses Rechts ist eben nur der, daß die Obligation eine gegenseitige ist, daß auch er, Beklagter, als Gläubiger dasteht. Die Nichterfüllung des Gegners ist hier so wenig Grund der Einrede, als Nichterfüllung irgend eines durch Klage verfolgten Vertrags dessen Grund ist, als welcher vielmehr das abgeschlossene Rechtsgeschäft erscheint.

Ein Beweis kann hier den Beklagten nicht wohl treffen. Denn wer aus einer gegenseitigen Obligation klagt, bekennt schon dadurch Schuldner geworden zu sein [b]), erklärt insofern also den Beklagten als Gläubiger. Opponirt Beklagter die except. non i. contr., so kann der Kläger dieser nur mit der Replik [c]) begegnen, daß er erfüllt habe. Und diese hat Kläger dann wahr zu machen, wie jeder Schuldner die Zahlung beweisen muß. Wenn der Kläger nun beweiset, oder wenn sonst außer Zweifel ist, daß der Beklagte die Leistung des Klägers (bestehe sie, worin sie wolle,) ohne

---

wer sie leugnet, opponirt nicht eine Einrede, sondern hat negative litem contestirt. H. z. T. sind aber fast alle Verträge mit dem bloßen Consense perfect. Vergl. Puchta, Vorlesungen §. 232. Seuffert, Bd. 9 Nr. 333.

a) Gajus IV. §. 119. „Omnis quidem exceptio objicitur a reo." L. 69 D. 50. 17. „Invito beneficium non datur."

b) Puchta, Pand. §. 232.

c) Er braucht sie aber nicht schon in der Klage anzuführen, wiewohl er sie anticipiren kann, denn nach dem oben Gesagten ist die Nichterfüllung nicht Klagethatsache. S. Puchta, Vorlesungen §. 232. Heffter z. Weber, Aufl. 3. S. 240. S. Seuffert's (Bd. 9 Nr. 333) mitgetheiltes Erk. des O.-A.-G. zu Wolfenbüttel u. Dresden (Bd. 3 Nr. 201). Das Gegentheil folgt auch aus L. 13 §. 8 D. 19. 1 keineswegs.

Reservation oder Protestation annahm, so hat er weiter nichts darzuthun. Denn jetzt steht die Erfüllung in äußerlich tadelsfreier Form fest[a]). Mit diesem Umstande ist wenigstens eine Interimswahrheit hergestellt, d. h. eine solche, welche für juristische Wahrheit bis dahin gilt, daß sie durch Gegenbeweis elidirt wird. Behauptet Beklagter einen Mangel der Leistung in quali vel quanto, so opponirt er nicht etwa eine Einrede, (diejenige, welche man fälschlich als exc. non rite impleti contr. bezeichnet hat), sondern er leugnet damit die Erfüllung. Denn nicht richtig (non rite) erfüllen heißt nicht erfüllen, da eine Erfüllung, bei der Jemand es in irgend einem Punkte noch an etwas fehlen läßt, undenkbar ist. Erfüllt = vollständig ist nichts, woran in irgend einer Hinsicht etwas mangelt[b]). Wer letzteres behauptet, leugnet zwar nicht direct die Erfüllung, aber er spricht eine „motivirte" Verneinung derselben aus, durch die Behauptung, daß der Gegner nicht alles so gethan, wie er thun mußte[c]). Da nun der Beweis der motivirten Verneinung ein Gegenbeweis ist, so kann in Ansehung der Einrede des nicht erfüllten Contracts nur von diesem auf Seiten des Beklagten die Rede sein.*

---

a) Seuffert (Bd. 7 N. 295) theilt ein diese Ansicht bestätigendes Urtheil des O.-A.-G. zu Darmstadt mit. S. auch Mühlenbruch, Proc. §. 284.

b) L. 13 §. 8 D. 19. 1. „Offerri pretium ab emtore debet, quum ex emto agitur; et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio; venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit. L. 57 D. 21. 1.

c) Vergl. d. Entscheidung des O.-A.-G. zu Dresden bei Seuffert. Bd. 5. S. 433 unten, und des O.-A.-G. zu Celle das. Bd. 7 Nr. 115.

XII.

Von der Beweisfrist.

§. 1.

Es ist zweckmäßig, daß im Beweisinterlocute eine Zeit bestimmt werde, binnen welcher die beweispflichtige Partei diejenigen Beweismittel, deren sie sich bedienen will, anzuzeigen habe[a]). Diese ihr gestattete Zeit nennen wir „die Beweisfrist", die Anzeige der Beweismittel aber „die Beweisantretung". Der Zweck der Beweisfrist geht nach Martin (Vorles. Bd. 2 S. 204) dahin, die Parteien zu verpflichten, alle Beweismittel, deren sie sich im einzelnen Falle bedienen wollen und die sie bereits kennen, eben so gut auf einmal neben einander vorzuschlagen, wie sie dies in Ansehung der Einreden bei der Litiscontestation oder der Repliken und Dupliken zu thun schuldig sind.

§. 2.

Daß die Römer eine solche Frist nicht kannten, geht aus demjenigen, was wir oben S. 10. 11. 26 über das von ihnen

---

a) Da die Ansetzung einer Beweisfrist nach §. 6 der Abh. IX. eine proceßleitende Verfügung ist, so würde sie auch in einem besondern Decrete nach Abgabe des Beweisurtheils erfolgen können.

beobachtete Verfahren gesagt haben, insonderheit aber daraus hervor, daß sie kein Beweisinterlocut hatten[a]) und an der Eventualmaxime nicht festhielten. Zwar scheint es, als könne dieses wegen der L. 1 C. 3. 11. ,,Quoniam plerumque evenit, ut judex instrumentorum vel personarum gratia dilationem dare rerum necessitate cogatur, spatium instructionis exhibendae postulatum dari convenit. Quod hac ratione arbitramur esse mo–

a) Vergl. Gesterding im Archiv Bd. 5 S. 253. 254, der sich auf Sigonius (de judiciis, lib. 1. cap. 28) und die daselbst angeführte Stelle aus Macrobius (cap. III) beruft. — Nur in einigen bestimmten Fällen ist, gleichwie das canonische Recht es in Ansehung des Beweises der Behauptung des spolii und der Excommunication verordnet, (c. 1 in VI. 2. 5. —— ,,Sed si in civilibus ab actore, in criminalibus autem se spoliatum reus asseverat a quocunque, intra quindecim dierum spatium, post diem, in quo proponitur, quod asserit, comprobavit: alioquin in expensis, quas interim actor ob hoc fecerit, judiciali taxatione praehabita, condemnetur'' pp. — c. 1 in VI. 2. 12. — — ,,Si quis igitur excommunicationem opponit, speciem illius et nomen excommunicatoris exprimat, sciturus eam rem se deferre debere in publicam notionem, quam intra octo dierum spatium (die, in quo proponitur, minime computato) probare valeat apertissimis documentis. Quodsi non probaverit, judex in causa procedere non omittat.'' pp.) eine Frist gesetzlich bestimmt, binnen welcher Beweis angetreten und geführt sein muß; so z. B. soll die gegen den Fiscus vorgeschützte Einrede der Compensation binnen 2 Monaten bewiesen werden, (L. 46 §. 4 D. 49. 14. ,,Qui compensationem opponit fisco, intra duos menses debitum sibi docere debet''), welches zusammenhängt mit der Frist, die der Richter den Schuldnern des Fiscus gewähren konnte (L. 45 §. 10 D. 49. 14. Vergl. Puchta, Pand. §. 289 not. m.) Ob diese Bestimmung h. z. T. noch Geltung habe, darüber hat man gestritten, die Entscheidung wird sich nach demjenigen richten, was man von L. 45 cit. §. 10 in dieser Beziehung hält. „Wenn nun in einer Landesproceßordnung" — heißt es bei Seuffert l. c. Bd. 3 Nr. 112 — „Vorschriften über die bei Führung eines Beweises einzuhaltenden Fristen und über die etwa zu bewilligenden Erstreckungen der Beweis- und Gegenbeweisfrist ohne Ausnahme für den oben erwähnten besondern Fall" (nämlich der dem Fiscus entgegengesetzten Einrede der Compensation) „gegeben sind, so fragt es sich, ob die römisch-rechtliche Bestimmung noch Anwendung finden könne? Das Oberappellationsgericht zu Jena hat sich (zu Nr. 713 von 1834) für die Aufhebung der erwähnten zweimonatlichen Frist durch die sächsischen Proceßgesetze ausgesprochen."

derandum, ut si ex provincia, ubi lis agitur, vel persona vel instrumenta poscantur, non amplius, quam tres menses indulgeantur, si vero ex continentibus provinciis, sex menses custodiri, justitiae est; in transmarina autem dilatione novem menses computari oportebit. Quod ita constitutum judicantes sentire debebunt, ut hac ratione non sibi concessum intelligant dandae dilationis arbitrium, sed eandem dilationem si rerum urgentissima ratio flagitaverit, et necessitas desideratae instructionis exegerit, non facile amplius, quam semel, nec ulla trahendi arte sciant esse tribuendam", in Zweifel gezogen werden, weßhalb z. B. Leyser[a]) sich schon dahin aussprach: „Equidem aliqui, in h. l. non de ipso termino probatorio, sed de prorogatione ejus et dilatione, sermonem esse existimant. Verum quid opus fuisset, dilationis tempora coarctari, judicique severissime, ne illa excedat, interdici, si ipse terminus probatorius in infinitum patuisset. Ita quippe nec opus dilationis fuisset." pp. Allein man muß dagegen erwägen, daß im römischen Processe gar keine Beweisperiode abgesondert und für sich existirte, der Beweis sich vielmehr regelmäßig sogleich an die bestrittene Behauptung anschloß[b]), die Nachsuchung um „dilationes instrumentorum vel personarum gratia" daher als natürliche Folge eines in jedem Processe vorkommenden Umstandes erscheint, daß die Parteien in Voraus nicht wissen konnten, was vom Gegner widersprochen und überhaupt von ihm vorgebracht werde, mithin auch nicht für Alles sogleich die Beweise bei der Hand hatten[c]), wie denn insonderheit der Beklagte, welcher

---

a) Meditationes ad Pand. spec. 258, med. 2.

b) S. oben S. 10.

c) Planck l. c. S. 120. Aehnlich spricht sich aus Gesterding l. c. S. 253—255. S. auch L. 7. D. 2. 12. Ulpianus. „Oratione quidem divi Marci amplius, quam semel, non esse dandam instrumentorum dilatio-

den Proceß, sobald es dem Kläger gefiel, anzufangen gezwungen war, offenbar nicht immer die gehörige Zeit haben konnte, für die ihm nöthigen Beweismittel zu sorgen. Wurde daher um Zeit zur Aufsuchung und Herbeischaffung von Beweismitteln nachgesucht, so war solche Frist auf keine Weise eine solche, die mit unserer heutigen den Eingang eines besondern Proceßabschnitts bildenden Beweisfrist (vergl. §. 1 z. A.) auf gleiche Stufe gesetzt werden könnte[a]).

Der romanische Proceß hält es nicht anders. Beklagter ist rücksichtlich des Vorbringens seiner Einreden an keine bestimmte Zeit gebunden, die Beweismittel dürfen, mit Ausnahme des Zeugenbeweises[b]), in einer vom Belieben der Partei abhängigen Reihefolge herbeigeschafft werden, und wenn auch hierauf bezügliche Fristen vorkommen, so ist ihre Bedeutung dieselbe, wie im römischen Processe, sie werden zufällig erbeten und bewilligt, wenn es nöthig ist, längere Zeit zur Aufsuchung und Herbeischaffung von Beweismitteln zu haben, sie können andernfalls daher auch ganz fehlen[c]).

---

nem, expressum est, sed utilitatis litigantium gratia causa cognita et iterum dilatio tam ex eadem, quam ex alia provincia, secundum moderamen locorum impertiri solet, et m a x i m e s i a l i q u i d i n o p i n a t u m e m e r g a t. Illud videndum, si defunctus acceperit aliquam dilationem propter instrumenta, an successori quoque ejus dari debeat? an vero, quia jam data est, amplius dari non possit? Et magis est, ut et hic causa cognita dari debeat.“

a) B e t h m a n n = H o l l w e g, Civilproc. I. S. 265. „Eine eigentliche Beweisfrist kommt nicht vor, wohl eine außerordentliche Vertagung der Sache zur Anschaffung von Beweismitteln (dilatio instrumentorum causa)“ u. s. w.

b) Es ist nur gestattet dreimal Zeugen zu produciren (Tancred III. 8. §. 2 fin.), n a c h Eröffnung der Zeugenaussagen soll regelmäßig keiner Partei Production von Zeugen über denselben Punkt gestattet sein (Tancred III. 10.)

c) Vergl., was hierüber sagt P l a n c k l. c. S. 142. 145 mit Berufung auf Incert. ord. jud. (ed. H a e n e l) tit. de probationib. p. 28 Tancred II 17. §. 5. (B e r g m a n n p. 181.) Gratia p. 367. vs. 25.

§. 3.

Im alten deutschen Processe[a]) mußte die Partei die Beweismittel schon bei ihren betreffenden Behauptungen anzeigen, und wenn ihr dann der Beweis zuerkannt war, diesen binnen einer durch den Gerichtsgebrauch determinirten Frist führen. Sollte Jemand einen Eid mit Eideshelfern leisten, so hatte er 6 Wochen, letztere zu sistiren[b]); gleiche Frist war für Beibringung eines gerichtlichen Zeugnisses gegeben, während der Eid in continenti geleistet werden mußte, — alles bei Meidung des Verlusts des Processes[c]). Hieran hielt man sich auch noch in der spätern Zeit[d]), ertheilte indeß auf Ansuchen eine Fristerstreckung[e]).

---

a) Vergl. übrigens S. 40.

b) Landrecht I. Art. 62. „Zuges sall man uber sechs wochen vulkomen. Das sich der man (ane) mazet, oder zur hant ob her wil" pp. Richtst. Landr. 16.

c) Planck l. c. 53. 81. und die daselbst enthaltenen Citate.

d) Die uns aufbewahrten Urtheilssprüche des Oberhofs zu Lübeck, welche Michelsen, und der Hessischen Gerichte, welche Kopp (Nachricht v. d. Verfassung der Gerichte in Churhessen, Cassel 1769, Bd. 1. Beilage S. 244) mittheilt, bestätigen dieses. So unter ersteren Nr. 140 v. Jahre 1482, wonach ein Zeuge, der nicht zur Stelle war, aber innerhalb Landes, binnen 6 W. und 3 T. zu zeugen hat, die Partei aber, welche die von ihr vor Gericht angegebenen beiden Zeugen nicht zeitig stellt, ihrer Sache verlustig sein soll — Nr. 195 v. Jahre 1487, — unter letzteren das l. c. abgedruckte Urtheil Nr. 118 des Stadtgerichts zu Battenberg von 1488, worin dem Junker Guntrum Beweis zuerkannt und von den Parteien gefragt ist, binnen welcher Zeit es zu geschehen habe. „Daruf sint sie bescheiden in dreen vertgen Dagen vnd in drigen dagen sulle eß Junker Guntrum zu brengen noch datum dußzer czedeln" u. s. w. Planck l. c. S. 82 bemerkt, daß seitdem das Erkenntniß über gescholtene Urtheile von Lübeck bis an den Ort ihrer Bestimmung häufig weit länger unterwegs war, von einer Leistung des Eides nach der alten Zeitbestimmung wohl nicht die Rede sein konnte, daher man es wahrscheinlich den Parteien überließ, einen Termin zu verabreden, dessen Versäumung den im Texte angegebenen Nachtheil zur Folge hatte. Michelsen, Oberhof Nr. 101 und not. * z. S. 188.

e) Auch dieses bestätigen die von Michelsen l. c. mitgetheilten Urtheile Nr. 43 v. Jahre 1469, wonach Kläger sachfällig erkannt ist, da er den Beweis

Der Proceß des Cammergerichts wie mancher der Particularprocesse zerfiel in einen Abschnitt vor und einen nach der Litiscontestation, im ersten wurde über die die klägerische Proceßverfolgung betreffenden dilatorischen Einreden und einige privilegirte peremtorische verhandelt; im Falle Beklagter zu „antworten" schuldig erkannt war, gab er im zweiten Abschnitte seine Erklärung darüber ab, ob er das Klagrecht zugestehen wolle, oder nicht („Kriegbefestigung"); daran schloß sich die Verhandlung über den Klaggrund durch Beantwortung der Artikel oder Positionen des Klägers, worauf dann deren Beweis, soweit sie geleugnet waren, folgte. Hiernächst Verhandlung und Beweis der peremtorischen Einreden und endlich im s.g. terminus ad producendum omnia et ad concludendum Schluß der Parteivorträge und dann das Endurtheil. Behauptungen und Beweise lagen also im 2. Abschnitt vermischt neben einander, es gab keine besondere Beweisperiode, auch dann noch nicht, als man alle peremtorischen Einreden (wie bereits früher die dilatorischen), sobald an sie die Reihe käme, auf ein Mal vorzutragen[a]), ja sogar mit der Antwort auf die Klagartikel zu verbinden gebot[b]), und in dem terminus ad producendum omnia Neues, was in einem frühern Stadium vorzutragen gewesen, nicht mehr zugelassen[c]), damit aber dieser Termin selbst zu einer bloßen Formalität wurde und nach Particulargesetzen ganz wegfiel. Die Partei erbot sich nach diesem Termine entweder selbst zum Beweise der verneinten Artikel und ward vom Gerichte zu demselben „zugelassen", oder sie

---

seiner Klage auch in der über Jahr und Tag hinaus ihm verlängerten Frist nicht geführt habe — Nr. 112 v. Jahre 1480 — das von Planck l. c. S. 82 citirte Urtheil Nr. 40 dürfte nicht hierher gehören.

a) CGO von 1500 XII. §. 8. CGO von 1507 IV. §. 2.

b) CGO von 1521 XIX. §. 8. CGO von 1555 III. 15. §. 1. — 27. §. 1. 2.

c) CGO. v. 1507 I. §. 15—17. vergl. CGO. v. 1500 XIII. §. 3. XV. §. 8.

ward durch eine (als proceßleitende Verfügung anzusehende) Aufforderung des Gerichts dazu angetrieben, (oder wie man sagte „ihr ward der Beweis auferlegt.") In beiden Fällen ward ihr eine die Verhinderung des Proceßverschleifs bezweckende, nach richterlichem Fürguthalten bemessene Frist vorgeschrieben, binnen welcher die Beweise zu den Acten gebracht werden sollten [a]), obwohl meistens solche Fristbestimmungen gar nicht erforderlich wurden, da die Parteien die Beweise sofort mit ihren Behauptungen verbanden, was selbst vom J. R. A. noch sehr begünstigt [b]) ward, indem man es in der Erwartung einer Abkürzung des Processes gern sah, wenn Behauptungen und Beweise gleichzeitig instruirt wurden. — Aus allem geht also hervor, daß von einer den Eingang eines besondern Proceßabschnittes bildenden Beweisfrist, wie sie ihrem Begriffe und Zwecke nach zu Anfang des §. 1 dieser Abhandl. dargestellt ist, so daß alle Beweise über alle Behauptungen erst, wenn das Verfahren über letztere durch ein abschließendes Urtheil beendigt, begonnen worden wären, keine Rede sein kann [c]).

---

a) Nicht bloß war binnen dieser Frist Beweis anzutreten, sondern auch zu beenden, namentlich der von dem bestellten Commissarius angefertigte Zeugenrotel zu den Acten zu bringen.

b) S. oben S. 31. not. b. — J. R. A. §. 35. — — „Beneben bleibt einem jeden Kläger vnverwehrt, sondern hiemit vergönt vnd zugelassen, auch in seine Willkühr gestellt, ob er die probatoria, vmb sein selbst bestes willen, zu Beschleunigung der Sachen, gleich bey Außziehung der Processen, oder auch in dem ersten Termin, vornemblich wann sie in briefflichen Vrkunden bestünden, mit production vnd Einführung der Klag einbringen, oder sich sonsten in andere Weg zum Beweißthumb gefast machen; oder solches alles dahin, biß der Beklagte mit seiner Verantwortung einkommen, vff den zweiten terminum verschieben wolle" u. s. w.

c) Wenn auch das Reichscammergericht nicht selten Beiurtheile abgab, wodurch gewisse verneinte Artikel, über welche eine Partei Beweis anbot, als irrelevant oder unzulässig verworfen und dadurch vom Beweisthema ausgeschlossen werden konnten, oder salvo jure impertinentium zugelassen wurden,

§. 4.

Ganz anders steht die Sache im sächsischen Processe. Ist Antwort auf die Klage erfolgt (was in der Weise geschehen muß, daß Beklagter speciell die facta bezeichnet, die er zugesteht und die er leugnet[a]), sind ferner die daran zu schließenden peremtorischen Einreden vorgetragen[b]), und ist über die gegenseitigen Behauptungen unter den Parteien verhandelt, so wird, falls über relevante facta Streit herrscht, ein Urtheil auf Beweis oder Eid[c]) abgegeben, worauf ein eigenes anfänglich binnen gesetzlicher Frist von 6 Wochen und 3 Tagen zu beendendes Beweisverfahren folgt, während später die Beweise wenigstens in diesem Zeitraume angetreten sein müssen[d]). Diese Frist gilt auch für Ausschwörung des Eides, wenn nicht schon der nächste Gerichtstag dazu bestimmt wird. Freiwillige Beweisantretung soll regelmäßig nicht Statt finden[e]), die Beweisfrist bleibt auch später noch der Dauer nach dieselbe, läuft von der Rechtskraft des Beweisurtheils, sie ist eine gesetzliche in

---

so waren diese Beiurtheile doch nur proceßleitende, unnütze Beweisführungen zu verhindern bestimmte Decrete, keine Beweisinterlocute im deutschrechtlichen Sinne, da zugelassene Artikel nach beendetem Beweisverfahren noch verworfen und, wenn das richtige Thema nicht bewiesen war, noch neue Beweise gefordert werden durften (Vergl. Gail tom. I. observ. 81. Nr. 15 und observ. 105 Nr. 7) und überhaupt nichts entschieden wurde. Auch die Ansetzung einer Beweisfrist durch solche Beiurtheile war nicht wesentlich, die beweisführende Partei pflegte um Anberaumung einer Frist zu bitten, um Contumacialgesuchen des Gegners vorzubeugen. Man ertheilte sie nach richterlichem Gutdünken, und erneuerte sie bis zum 4. Male, wo ihre Bewilligung von gewissen Bedingungen abhing. CGO von 1555 III. 15 §. 11. 16 §. 1. 3. (Aus den vorhergehenden §§. des Gesetzes ersieht man, daß hier von nachgesuchter Zeugenbeweisfrist die Rede ist.)

a) Constit. von 1572 I. 10. Proc.=Ord. von 1622 XVI.

b) Carpzow, def. forens. I. 3. 13. Proc.=Ordn. von 1622 XI. §. 6. 10. XXI. §. 4.

c) Const. von 1572 I. 16 u. 12. Proc.=Ordn. von 1622 XX. §. 1. XVIII. §. 6 und 9. XIX. §. 1.

d) Carpzow, I. 16 def. 2.

e) Vergl. oben S. 37 not. d.

dem Sinne, daß sie sich immer von selbst versteht, und der mit ihrem Ablauf verknüpfte Nachtheil des verlorenen Beweises von selbst eintritt, ohne Zuthun des Richters.

Was endlich die älteren Particularproceßgesetze anlangt, so halten die der Untergerichte, da sie vielfach mit der fremden Rechte unkundigen Richtern besetzt waren, an den altdeutschen Einrichtungen mehr fest als die der Hofgerichte. Sie kennen die Einleitung eines abgesonderten Beweisverfahrens durch ein Interlocut, und eine gesetzlich oder durch den Richter bemessene[a]) Beweisfrist und zwar oft noch die alte von 6 Wochen während welcher die Partei alle Beweise wenigstens antreten soll.

§. 5.

Auch die späteren mehr oder weniger unter dem Einflusse der die deutsche Rechtsanschauung würdigenden Wissenschaft entstandenen Landesgesetze betrachten die Beweisfrist zum größten Theile im Sinne des deutschen Rechts, d. h. als eine der Dauer nach gesetzlich vorgeschriebene, von Rechtskraft des Beweisinterlocuts an von selbst beginnende, deren Ablauf auch von selbst den gesetzlichen Nachtheil des Ausschlusses für den Säumigen mit sich bringt, ohne daß es einer richterlichen Präclusion bedarf. Aber in Ansehung der Dauer differiren sie, indem sie entweder dieselbe ein für allemal bestimmt haben, oder sie dem Richter festzusetzen überlassen. Daher ist es richtig, daß gemeinrechtlich die Dauer der Beweisfrist h. z. T. nicht feststeht, wohl aber darf und muß sie

a) Z. B. Otterndorfer Stadtr. Art. 5. „Würde jemandes Bewisinge — upgelegt, de schall he in soß Weken unde dre Tagen verfohrenn" (1541). Lüneburger U. G. O., wonach „derjenige, dem durch ein Beyurtheil beweysung aufferlegt würde, in sechs Wochen, oder der Zeit, die ime bestimmt wird, wie recht darthun und beweisen" soll. (1564). Braunschweiger U. G. O. (1571). Erfurter GO. IX. „Welchem Theil dann der Beweiß zu führen zuerkannt und aufferlegt wird, damit soll es nach verordnung der Recht, und wie es von alters herbracht, gehalten und gebaret werden. (1583).

noch immer als eine gesetzlich und nicht als eine richterlich peremtorische angesehen werden, d. h. es braucht weder vom Richter, wenn er auch ihre Dauer zu bestimmen hat, ein besonderes Präjudiz für den Fall der Nichtinnehaltung vorgeschrieben zu werden, noch ein eigenes Contumacialverfahren Statt zu finden[a]).

Indeß viele und als Autoritäten ersten Rangs geltende Processualisten[b]) nehmen das Gegentheil an, indem sie nicht bedenken, wie der Umstand, daß particularrechtlich dem Richter die Bestimmung der Dauer zusteht, die Natur der Beweisfrist als einer gesetzlichen nicht mit Nothwendigkeit ändert. Meistens läuft die Be-

---

a) Danz, ordentl. Proc. §. 262, welcher sogar meint: „Ein jeder Beweistermin, er sei nun durch Gesetz, oder von dem Richter bestimmt, ist nach der einhelligen Meinung der Rechtsgelehrten, und einem allgemeinen Gerichtsgebrauche eine Nothfrist, so daß wenn auch gleich die Strafe des Verlustes nicht ausdrücklich namentlich angedrohet worden ist, doch der innerhalb desselben angetretene Beweis, der Regel nach, in Absicht auf alle Beweismittel, selbst die Urkunden nicht ausgenommen, durch sich selbst schon erloschen ist, daß es dieserwegen einer Ungehorsamsbeschuldigung gar nicht bedarf", wobei er sich beruft auf Mevius P. VII. dec. 36. Ludovici, Einl. z. Civilproc. cap. 15. §. 11. Nettelbladt, Anl. z. pract. Rechtsgel. §. 283. Schaumburg princ. prax. jurid. judic. Lib. I. S. 1. M. III. cap. 1. §. 7. Estor, Reichsproc. §. 258. 267, später indeß noch hinzufügt, daß, da die Gerichte den Beweis nicht leicht ohne zuvorige Anhörung des Beweisführers für erloschen erklären, es räthlich und üblich sei, einen Contumacialantrag zu stellen, und dadurch den Richter zu einem gleichbaldigen Erkenntnisse, oder zu einem kurzen Verfahren über die Desertion des Beweises zu veranlassen. Von den Neueren s. Heffter, System §. 373. Planck l. c. S. 298 ff.

b) Vergl. Gönner l. c. Bd. 2 Nr. 37. §. 29. 30. Martin, Lehrb. §. 183, not. l. Vorles. Bd. 2 S. 205. Linde l. c. §. 243. (Letzterer macht den Unterschied, ob man das Beweisinterlocut der Rechtskraft für fähig hält, oder nicht. Im erstern Falle müsse die darin angeordnete Beweisfrist „ohne daß Gesetz oder Richter es auszusprechen brauchen, sogleich für peremtorisch und mit eingetretener Rechtskraft für so unabänderlich als jede andere rechtskräftige Verfügung annehmen"; im entgegengesetzten Falle habe, wofern nicht Particulargesetze oder ausdrückliche Bestimmung des Richters die Beweisfrist sogleich für peremtorisch erklären, erst das dritte Decret diese Eigenschaft. Dieser Unterschied hat seinen Grund in dem schon oben S. 227 not. b berührten Irrthum.) Bayer l. c. S. 930.

gründung ihrer Ansicht aber auch nur darauf hinaus, daß sich im fremden Rechte keine Bestätigung der von uns angenommenen Meinung finde, was natürlich hier, wo es sich um ein deutschrechtliches Institut handelt, gar nichts beweisen kann.

§. 6.

Eine sehr verschieden beantwortete Frage ist auch darüber erhoben, ob und wieweit nach dem Ablaufe der Beweisfrist ein nachträgliches Vorschlagen von Beweismitteln (s. g. Additionalbeweis) zulässig sei, und ob dasselbe nicht wenigstens durch einen desfalls bei der Beweisantretung erklärten Vorbehalt erreicht werden könne.

I. Nimmt man an, daß die Beweisfrist peremtorischer Natur sei, (wenn auch nur vom Richter dafür erklärt), so muß eine Versäumung derselben auch die Folge haben, daß alles, was nicht zeitig vorgetragen ist, später nicht mehr zugelassen wird, und es ist durchaus nicht abzusehen, wie ein Vorbehalt hierunter etwas anderes bewirken könnte [a]). Wenn auch Jemand innerhalb der Frist Beweis antritt, so erscheint er doch immer nur als gehorsame Partei in Ansehung der vorgeschlagenen Beweismittel, in Ansehung aller andern steht er mit dem plane contumax auf ganz gleicher Stufe. Zwar hat man sich auf entgegenstehende Bestimmungen des römischen Rechts berufen, allein dieser Versuch der Rechtfertigung des Additionalbeweises scheitert eben an dem Umstande, daß den Römern unsere Beweisfrist gezeigtermaßen unbekannt war. Die meisten Proceßlehrer erkennen auch dieses an. Nur über die Frage bestehen große Bedenken, ob die Reservation einer Eidesdelation wirksam sei? Als Gründe für die Bejahung pflegt man anzuführen: einestheils sei die Befugniß der Eidesreservation eine

---

a) Mühlenbruch, Civilproc. §. 292. Martin, Lehrb. §. 183, q. Sam. Stryk, Oper. tom. VIII. diss. 16 c. 2. Nr. 46.

Forderung der Billigkeit, welche verlange, daß man dem Beweis=pflichtigen nach verfehltem Beweise noch ein letztes Hülfsmittel gestatte, um sein Recht zur Anerkennung zu bringen, anderntheils bringe dieses die Natur des freiwilligen Eides schon mit sich, der als ein subsidiäres Beweismittel nicht mit andern cumulirt, sondern erst dann Statt finde, wenn letztere nicht zum Ziele führen, was in c.2 X 2.19[a]) seine Bestätigung finde. Auch die Natur des gedachten Eides als eines Vergleichs weise auf die Zulässigkeit der Reservation hin, und endlich sei diese gesetzlich sogar anerkannt in L.12 C.4.1.

Allein die citirten Gesetze ergeben letzteres durchaus nicht als einen für uns h. z. T. geltenden Grundsatz, da die Römer weder unsere Beweisfrist, noch das Eventualprincip kannten. Letzteres verlangt aber gerade, daß alle concurrenten Proceßhandlungen, wenn auch nur für gewisse Fälle davon Gebrauch gemacht werden soll, auf einmal vorgenommen werden, sobald nach Ordnung des Verfahrens sie die Reihe trifft und soweit ihre Verhandlung dann schon möglich ist, und mit Rücksicht hierauf ist es erforderlich, des möglichen Falls einer mißlungenen Beweisführung schon bei der Antretung der Beweise zu gedenken und durch eventuelle Delation sich das Beweismittel des Eides zu sichern[b]), — etwas ganz Anderes als gleichzeitige Benutzung des deferirten Eides neben andern Beweismitteln, die allerdings keine Statt finden kann, — etwas ganz Anderes ferner aber auch als eine bloße

a) „Sane quoniam apud vos consuetum esse didicimus, ut quum aliquis intentionem suam fundaverit instrumentis aut testibus, ei nihilominus sacramentum deferatur: quodsi subire noluerit, fides probationibus non habetur. Nos quum tunc demum ad hujusmodi suffragium sit recurrendum, quum aliae legitimae probationes deesse noscuntur, talem consuetudinem reprobamus.“

b) Ob eine derartige Cumulation zulässig, ist zwar auch streitig, diese Controverse werden wir untersuchen, wenn wir von den Beweismitteln im Besondern handeln.

Reservation. Eine Delation nehmen wir nämlich nur dann an, wenn ebenso genau angegeben ist, wie der Eid lauten soll, als ob derselbe principaliter angetragen wäre, denn sonst würde die Delation eigentlich auf dasselbe hinauslaufen, als worauf sich die Reservation reducirt, und der Vortheil, den man durch erstere erlangen will, (daß nämlich durch die gleichzeitige eventuelle Verhandlung über den zugeschobenen Eid demnächst, wenn es wirklich zur Anwendung dieses Beweismittels kommen soll, alle Vorfragen, welche sonst wohl gar noch zu Appellationen führen könnten, bereits erledigt sind), würde nicht erreicht.

Daß darin keine Unbilligkeit liegt, wenn man die gedachte eventuelle Handlung vom Beweispflichtigen verlangt, braucht wohl nicht dargelegt zu werden. Die Natur des Vergleichs, von welcher die Quellen beim deferirten Eide reden [a]), steht unserer Ansicht aber auch nicht im Wege, denn daß das juram. volunt. im jetzigen gemeinen deutschen Processe als ein wahres Beweismittel gilt, wird man nicht bestreiten können, und später noch näher nachgewiesen werden [b]).

Wenn man nun nach und nach in der Praxis, ausgehend von dem unrichtigen Gedanken, daß eine Reservation und eventuelle Delation auf dasselbe hinauslaufen und erstere nur eine leere Formalität sei, gar so weit gegangen ist, die Eidesdelation auch ohne zuvorigen Vorbehalt nach verfehltem Beweise zulassen zu wollen, so hat dieses begreiflich gar keinen Grund für sich.

---

a) L. 2 D. 12. 2. „Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quam res judicata.“

b) Uebrigens vergl. Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 1 S. 276, wonach das s. g. beneficium novorum unter Umständen dahin führen kann, daß eine in erster Instanz während der Beweisfrist versäumte Eidesdelation noch in der höhern Instanz nachgeholt werden kann. Darüber später mehr! Ganz richtig heißt es l. c., daß da, wo, wie im sächsischen Processe der Beweis nicht als Beweismittel, sondern als Auskunft zur Umgehung des Beweisverfahrens angesehen wird, von einer Reservation selbstverständlich nie die Rede sein könne.

II. Geht man von der Ansicht aus, daß die Frist nur dann peremtorisch sei, wenn der Richter sie dafür erklärt hat, so steht die Sache ganz anders. Die Processualisten, welche dieser Ansicht anhängen, nehmen nämlich unter Berufung auf L. 68—70. 72 D. 5. 1[a]) L. 53. §. 1 D. 42. 1[b]) L. 8 C. 7. 43 an, daß erst die durch ein drittes Decret gesetzte Frist peremtorisch sei.

Mag man nun dieser Ansicht beitreten oder nicht, so kann doch niemals der von Martin[c]) aufgestellte Satz Beifall finden, daß derjenige, welcher den auferlegten Beweis binnen einer peremtorischen oder noch dilatorischen Frist durch Benennung eines oder einiger Beweismittel antritt, dadurch einen Verzicht auf den Vorschlag aller andern zu erkennen gegeben habe, so daß selbst, wenn die Frist noch nicht verstrichen wäre, alle später aber noch während derselben benannten Beweismittel unzulässig sein würden. Wir berufen uns zur Widerlegung dieser Behauptung einfach auf das früher (S. 126 ff.) Gesagte[d]).

---

a) „Ad peremtorium edictum hoc ordine venitur, ut primo quis petat post absentiam adversarii edictum primum, mox alterum, per intervallum non minus decem dierum, et tertium. Quibus propositis tunc peremtorium impetret; quod inde hoc nomen sumsit, quod perimeret disceptationem, hoc est ultra non pateretur adversarium tergiversari."

Nonnunquam hoc edictum post tot numero edicta, quae praecesserunt, datur, nonnunquam post unum vel alterum, nonnunquam statim, quod appellatur unum pro omnibus. Hoc autem aestimare oportet eum, qui jus dicit, et pro conditione causae, vel personae, vel temporis ita ordinem edictorum vel compendium moderare."

b) „Contumax est, qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus, quod vulgo peremtorium appellatur, litteris evocatus praesentiam sui facere contemnit."

c) Vorlesf. Bd. 2 S. 206.

d) Noch einer andern Behauptung Martin's (Lehrb. §. 210) mag hier gedacht werden. Derselbe lehrt, daß der Beweispflichtige, wenn er sich auf eine nicht in seinen sondern des Gegners Händen befindliche Urkunde stütze, den Beweis entweder durch Production einer Abschrift anzutreten, und damit ein Editionsgesuch zu verbinden habe, oder aber durch Fristbitten den Ablauf der Beweisfrist so lange müsse zu hindern suchen, bis die Edition der nicht einmal ab-

§. 7.

Mitunter kommt es vor, daß dem Beweispflichtigen die Benutzung zeitig angezeigter Beweismittel ohne sein Verschulden verloren geht, wie wenn z. B. vorgeschlagene Zeugen vor ihrer Vernehmung sterben. Die gemeine Meinung geht dahin, daß in solchen Fällen unbedenklich die Substitution eines andern Beweismittels erlaubt sei, und zwar in der Weise, daß der Beweispflichtige weder an die Art noch Zahl der vorgeschlagenen und nicht zu benutzenden Beweismittel gebunden sein würde. Der Grund dieser Behauptung ist im Allgemeinen die Billigkeit, und was insonderheit den letzten Punkt anlangt, daß manche Beweismittel z. B. die Zeugen nicht gezählt, sondern gewogen werden, und es oft nur möglich sei, einen Beweis, den man durch ein Beweismittel, welches zu benutzen man ohne Schuld außer Standes gesetzt ward, auf directem Wege zu erbringen sichere Aussicht hatte, durch andere Beweismittel auf indirectem Wege zu führen [a]). — Bayer [b]) u. A. sind indeß ganz entgegengesetzter Ansicht, sie wollen ein dergleichen Surrogat für verlorene Beweismittel überhaupt nicht zulassen, indem sie darin einen Verstoß gegen die Eventualmaxime erblicken.

---

schriftlich besessenen Urkunde bewirkt sei. — Der Praxis dürfte solche Strenge unbekannt sein. Das Ober-Appell.-Ger. in Darmstadt erkannte in einem solchen Falle unter'm 5. März 1850 unter Bezugnahme auf seine constante Praxis, „daß das Editionsgesuch stillschweigend die Bitte um Offenhaltung der Frist enthalte." (Seuffert l. c. Bd. 9 Nr. 101.)

a) Vergl. Leyser, med. ad pand. spec. 259 med. 4. Knorr, Anl. z. ger. Proc. Hauptst. 11 §. 13. Gönner, Handb. Bd. 2 Nr. 39 §. 7. Spangenberg im Archiv Bd. 7 S. 219. Martin, Vorlef. Bd. 2 S. 207 „ein solcher Unfall muß, streng genommen, zwar von demjenigen getragen werden, dessen Rechte von dem zu führenden Beweise abhängen; allein es wird nie in einem solchen Falle die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verweigert, und damit erlangt der Beweisführer die Befugniß, einen neuen Beweis anzutreten" u. s. w. Diese Ansicht ist auch in die Particulargesetze übergegangen. z. B. Hannov. Ober-Appell.-Ger.-Ordnung v. 1713 P. II. tit. 8 sect. II. §. 15. Proceßordnung von 1850 §. 242.

b) l. c. S. 929.

§. 8.

Die gemeine Meinung hält ferner dafür, daß auch nach Verlauf der Beweisfrist noch solche Beweismittel vorgetragen werden können, die man früher nicht kannte. In den Motiven eines (von Seuffert l. c. Bd. 6 Nr. 105) mitgetheilten Erkenntnisses des Ober-Appell.-Gerichts in Lübeck heißt es hierüber: „Es handelt sich hier einfach um eine s. g. restitutio contra lapsum fatalium, indem Beklagter bloß gegen den Ablauf der Beweisfrist und gegen die Nachtheile restituirt sein will, welche wegen präclusiver Wirkung jener Frist für ihn daraus entstanden sind, oder erwachsen könnten, daß er innerhalb derselben sämmtliche ihm zu Gebote stehenden Beweismittel zu produciren versäumt hat, resp. nicht im Stande gewesen sein will. Dergleichen Restitutionen — — unterliegen aber — — den allgemeinen Grundsätzen der prätorischen Restitution; vergl. Martin, Lehrb. §. 296 not. *, Gensler im Archiv für civilist. Praxis Bd. 4 S. 114 flg. Heffter, System des Civil-Proc. §. 191. S. 229. Bickell, von der Restitution im Civ.-Proc. sub c. 1 (in Zeitschr. für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen Heft 1 p. 126 bis 30); und erscheint es daher vollkommen gerechtfertigt, wenn Beklagter von Anfang an behauptet hat, daß es sich hier darum handle, ob von ihm ex clausula generali die gebetene Restitution verlangt werden dürfe? In dieser Hinsicht kann es nun aber keinen Zweifel haben, daß an und für sich in dem Auffinden neuer Beweismittel selbst da, wo eine culpa advocati nicht concurrirt, ein genügender Restitutionsgrund liege. Denn wenn man auch in den von Linde, Lehre von den Rechtsmitteln, Th. 2 S. 693, angeführten Stellen des römischen Rechts nicht mit diesem Schriftsteller ein directes Anerkenntniß dieser causa restitutionis sollte finden können, so liegt doch der s. g. clausula generalis das allgemeine Princip unverkennbar

zum Grunde, es solle derjenige, welcher ohne eigenes Verschulden durch äußere factische Hindernisse oder aus Irrthum in Unkenntniß seines Rechts geblieben ist, oder zu dessen Wahrung und Vertheidigung nicht im Stande war, hiezu noch gelassen und gegen den Verlust des Rechts in den vorigen Stand zurückgesetzt werden. Franck's Beitr. S. 84 flg. v. Savigny's Syst. Th. 3 S. 331. 385—87 und Th. 7 S. 136 flg. Dieß allgemeine Princip aber trifft vollkommen zu, wenn diejenigen Beweismittel, welche dem Betheiligten von seinem Rechte Kunde geben oder Beweis gegen Dritte zu liefern geeignet gewesen wären, zu der Zeit demselben noch unbekannt oder doch nicht zu Handen waren, wo es auf Geltendmachung jenes Rechts eigentlich ankam."

Heffter l. c. spricht sich ganz allgemein dahin aus, daß die Nichtbeobachtung processualischer Förmlichkeiten einer Partei gesetzlicher Bestimmung nach unschädlich sein solle, wenn die Billigkeit offenbar auf ihrer Seite sei, d. h. „wenn sie die Nichtbeobachtung der Förmlichkeit durch Ursachen, die außer ihrem Willen gelegen, entschuldigen" könne, beruft sich dabei auf das rescriptum D. Antonini (Pii) ,,etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est. Itaque etc.'' apud. Marcell. lib. 3. D. L. 7. pr. D. de J. J. R. auch L. 183 D. de R. J., (mit dem Bemerken, es ergebe sich aus der Folge des Rescripts und der Stellung in Marcellus drittem Buche der Digesten, daß die Regel sich hauptsächlich auf den Proceß beziehen solle), und findet eine Bestätigung in der CGO. von 1555 III. 34. 1. Er fordert aber unter allen Umständen, daß das Gesuch um Zulassung von Nachträgen durch Allegation von „einigermaßen trifftigen" Gründen unterstützt sei; Martin[a]) bemerkt, wohl besser, die Zulassung

a) Vorles. Bd. 2 S. 414.

werde ertheilt, ohne daß zuvor der Gegner gehört sei, wenn die Gründe dazu ebenso unbestreitbar seien als eine aus dem vorgekommenen Fehler hervorgegangene Laesion, sonst müsse zwischen den Parteien erst „das gewöhnliche Wechselverfahren Statt finden, und verweiset in der Hauptsache auf L. 42. 50 D. 4. 4. L. 26 §. 7. 8 D. 4. 6 Clem. un. de rest. in integr. 1. 12. Reichsdeputationsabschied von 1600 §. 86. Auch Martin spricht sich ganz allgemein aus, ohne besondere Hervorhebung des Nachtragens von Beweismitteln. Ebenso steht es mit Gensler l. c., welcher eine Bescheinigung der Gründe verlangt, und allenfalls eidliche Erhärtung zulässig hält, das Nachsuchen um Zulassung des Nachtragens, selbst wenn es nach Abgabe eines das Dasein des Versäumnisses und den Eintritt dessen Rechtsnachtheils aussprechenden Decrets (möge dasselbe auch bereits 10 Tage alt sein) erfolgt, ganz nach den bei den Römern über ein Gesuch um prätorische Restitution geltenden Regeln behandelt wissen will, und auch die Schuld eines öffentlich angestellten Procurators für einen genügenden Grund erachtet.

Bayer (l. c. S. 929) endlich erklärt: Nur dann kann ein neues Beweismittel auch nach eingetretener Präclusion noch nachgeholt werden, wenn der Producent eidlich bekräftiget, daß er früher keine Kenntniß davon hatte. Arg. J. R. A. §. 78[a]).

---

a) „Nechst diesem solle der Beklagte alle seine Behelff, in primo termino, in seinen exceptionibus, vnter gewöhnlichem prajudicio, zusammenhafft einzugeben verbunden seyn; vnd da er gleich folgends dupliciren, vnd in facto, oder sonst, etwas newes einbringen wolte, solches jedoch keineswegs geachtet werden; es were dann sach, daß in denen Replicis auch etwas Newes einkommen, vnd jhme Beklagten dardurch Anlaß zu dupliciren gegeben worden were, oder daß er Beklagter seines newen Einbringens vorher nicht Wissenschaft gehabt, sondern erst in Erfahrung gebracht, vnd solches auch aydlich erhalten hette; welchen Fall dann auch der Kläger mit seiner weitern Notturfft darüber in alle Weg vorhero zu vernehmen."

Ferner stellt Bayer[a]) mit der überwiegenden Mehrzahl der Juristen den Satz auf, ein Apellant könne „über schon früher aufgestellte, aber nicht gehörig bewiesene Behauptungen" neue Beweismittel in Vorschlag bringen, d. h. solche, die er im erstinstanzlichen Processe gar nicht benannt hat. Er beruft sich hierbei auf die übrigens nicht richtig von ihm wiedergegebenen Worte der L. 4. C. 7. 63 und der CGO. von 1555 Th. 3. XXXIII. §. 3, unterscheidet im Uebrigen aber zwei Fälle:

1. „wenn der Beweis in der vorigen Instanz freiwillig — (ohne peremtorische Beweisfrist) — anticipirt worden", und

2. „wenn in der vorigen Instanz eine peremtorische Beweisfrist festgesetzt war."

Im ersten Falle sei an der Zulässigkeit der neu vorgeschlagenen Beweismittel kein Zweifel, weil in diesem Falle keine Präclusion im Wege stehe, auch bedürfe es des in §. 73 vorgeschriebenen Eides nicht; indeß dürfen keine neuen Zeugen über solche Behauptungen mehr zugelassen werden, über welche schon in voriger Instanz Zeugen vernommen, und deren Aussagen den Parteien eröffnet seien. (Clem. 2. (2. 8.) S. 949 der Vortr. über den Civilproceß.)

Im zweiten Falle sei die Zulässigkeit der neu vorgeschlagenen Beweismittel bestritten, doch scheinen sich die Reichsgesetze dafür entschieden zu haben, weil es, wenn diese die peremtorische Beweisfrist für entgegenstehend gehalten hätten, unerklärlich bliebe, wie der J. R. A. zu der in §. 74 enthaltenen rückhaltslosen Bestimmung hätte kommen können, „indem sich ja auch in dem reichsgesetzlichen Processe das Beweisverfahren in genau bestimmten Präjudicialterminen bewegte." Dennoch gehe die herrschende Meinung dahin, daß nur dann neue Beweismittel in der Appellationsinstanz zuzulassen seien, wenn die Präclusion in voriger In=

---

a) l. c. S. 1026.

stanz nicht ausdrücklich ausgesprochen ward. (Martin, Lehrb. §. 292, not. f. v. Linde, Handb. IV. S. 505. Schmid, Handb. III. S. 419 und dagegen Spangenberg im Archiv IX. S. 52 flg.)

Für ganz unbedenklich erklärt Bayer mit Recht die Zulassung neuer Beweismittel, durch welche der Appellant neue selbstständige Behauptungen (falls und soweit man sie gestattet) darthun will.

Ob er der Ansicht mancher Juristen beistimmt, daß auch in dem oben sub 2 gedachten Falle die Nachbringung neuer Beweismittel von der Ableistung des in §. 73 des J. R. A. vorgeschriebenen s. g. Noveneides („daß er seines angegebenen newen An- vnd Vorbringens in erster instanz nicht Wissenschafft gehabt, oder solches dermahlen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig geachtet, nunmehr aber davor halte, daß solches Alles zur Erhaltung seines Rechtens dienlich vnd nothwendig seye",) nicht abhängig sei, weil in §. 74[a]) von keinem Eide die Rede, — hat uns nicht recht klar werden wollen. Unsers Erachtens muß der Eid regelmäßig geleistet werden, wie dieses neuerlich von Briegleb[b]) klar dargethan ist. Denn abgesehen von andern von demselben angeführten Gründen, so spricht der §. 73 ausdrücklich und klar von der Befugniß neue Vertheidigungsgründe zu beweisen, und die schon in erster Instanz vorgekommenen ferner und besser zu beweisen, und knüpft beides in den Worten „jedoch mit dieser Maaß vnd Bescheidenheit" unmittelbar an die Bedingung der Ausschwörung des Noveneids, er gibt gleich darauf in der Ei-

---

a) „Wofern auch die ein oder andere Parthey in deme, was in priori instantia allbereits einkommen, veritatem et circumstantias facti besser erleuteren, vnd ein mehrers außführen, oder beweisen wolte: soll es jhnen gleichesfalß ohnverwehrt seyn."

b) Einl. in d. summar. Proc. S. 86 flg.

desformel dem zweiten Gliede derselben eine Fassung, bei welcher gerade nur an Beweismittel zu denken ist, bei denen allein es sich ereignen kann, daß man sie freilich kannte, auch für dienlich und nöthig erachtete, dennoch aber in voriger Instanz nicht einbringen konnte; weil man damals ihrer nicht habhaft zu werden, sie nicht aufzufinden oder herbeizuschaffen vermochte. (Ueber die von Briegleb behauptete weitere Einschränkung der Befugniß des Nachbringens s. §. 27 seines in der Note b S. 378 citirten Werks.)

§. 9.

Nicht zu verwechseln mit den in den letzten §§. abgehandelten Fragen ist die, ob nach verstrichener Beweisfrist noch eine Verminderung der vorgeschlagenen Beweismittel Statt finde. Man ertheilt hierauf regelmäßig die Antwort, daß solche so lange erlaubt sei, bis das Beweismittel, welches man fallen lassen will, gemeinschaftlich geworden, daß sie von da an aber nur mit Einwilligung des andern Theils zuläßig sei. Wann nun diese Gemeinschaftlichkeit eintritt, werden wir zeigen, wenn wir die einzelnen Beweismittel im Besondern abhandeln[a]).

§. 10.

Ueber den Anfang der Beweisfrist, insonderheit, wenn wider das Beweisinterlocut Rechtsmittel ergriffen worden, ist auch viel

a) Vergl. Gönner l. c. Bd. 2. Nr. 39. §. 5. Mühlenbruch l. c. §. 292. Martin, Vorl. Bd. 2 S. 207 mit Berufung auf Nov. 49 c. 2 §. 1. — Linde spricht sich §. 245 dahin aus: „Auch ist nach beendigtem Beweistermin eine veränderte Benutzungsart in der Regel eben so wenig, als unbedingter Verzicht auf die vorgebrachten Beweismittel zuläßig. (Insofern der Gegner auf die Beweismittel schon Rechte hat Nov. 49 c. 2 §. 1 und §. 251 (seines Lehrb.) Feust in v. Zu Rhein's Zeitschrift I. S. 51. A. M. ist Anselm Debes Beitr. z. d. Lehre v. d. Verhältn. d. freiw. Eides z. d. nothw. Eiden. Würzb. 1835 §. 9. S. 32 f.")

controvertirt. Um die Sache nicht zu verwirren, muß man mit den Neueren[a]) folgende Hauptfälle unterscheiden:

I. Ganz abgesehen von wirklicher Einlegung eines Rechtsmittels fängt die Beweisfrist nicht schon mit der Publication des Beweisinterlocuts an zu laufen, sondern erst nachdem die 10 Tage verstrichen sind, welche der Partei ad deliberandum gegeben sind, ob sie sich bei dem Interlocute beruhigen will, oder nicht[b]). Als Grund hiervon beruft man sich auf den Umstand, daß erst nach dieser Zeit Gewißheit über die Verpflichtung zur Befolgung des Beweisinterlocuts vorliegt, und die bloße Möglichkeit der Anfechtung desselben selbst den Producenten entschuldigt, wenn er dem Interlocute, welches er gleich anfangs gebilligt hat, nicht Folge leistet, weil er Gefahr läuft, durch den Antritt des Beweises so lange etwas Vergebliches zu unternehmen, als sein Gegner den Vorbescheid noch anfechten kann[c]).

---

a) Martin Vorlesf. Bd. 2 S. 208. — Bayer l. c. §. 279, I.

b) Nur da würde dieses eine Ausnahme leiden, wo

1. der Richter ausdrücklich bestimmt hat, daß die Frist a die publicationis laufen solle, was jedoch, da er die gedachte gesetzlich verstattete Frist ad deliberandum auf keine Weise verkürzen kann, nur unter der Voraussetzung zulässig sein dürfte, daß er die Beweisfrist auf längere Zeit denn jene Deliberationsfrist zugemessen hätte;

2. die Rechtskraft ausnahmsweise schon früher eintritt. S. hierüber Martin, Lehrb. §. 112. Vorlesf. Bd. 1 S. 549. Bayer l. c. §. 139.

c) Martin, Vorlesf. Bd. 2 S. 208, woselbst als richtige Folge dieses Grundes noch beigefügt ist, daß wenn im Beweisinterlocute mehrere Streitfragen entschieden seien und gegen die übrigen Streitfragen Rechtsmittel ergriffen werden, dagegen das Beweiserkenntniß selbst von keiner Partei angegriffen werde, die Beweisfrist fortlaufe, während gegen die andern Streitfragen die Rechtsmittel fortzusetzen seien. Es können daher nur solche Rechtsmittel, welche den zu führenden Beweis in irgend einer Weise berühren, den Lauf der Beweisfrist hemmen. Vergl. hierzu das Erk. des OAGer. zu Dresden vom 9. Januar 1855. „So lange der Umfang des Beweisthema's noch nicht vollständig feststeht, beginnt die Beweisfrist noch nicht zu laufen, ist vielmehr auch in Betreff derjenigen Punkte für suspendirt zu achten, wegen welcher, daß Beweis zu führen, bereits rechtskräftig erkannt ist, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob zwi-

Diese Begründung der neuern Ansicht ist so zutreffend, daß letztere als in die heutige Praxis wohl ziemlich allgemein übergegangen betrachtet werden darf, und vergeblich hat Gesterding[a]) sie zu bekämpfen gesucht. Die Berufung auf den Satz, daß die Frist der 10 Tage dem Streiter dazu dienen solle, damit er bei sich überlegen könne, ob er bei dem Urtheile sich beruhigen, oder es anfechten wolle, scheint diesem Juristen „am unrechten Orte zu sein." Allerdings sei das decendium ein wahres spatium deliberandi (Nov. 23 c. 1), aber daraus folge nur, daß der streitende Theil nicht nöthig habe, das Rechtsmittel auf der Stelle einzulegen. Frage es sich hier nur darum, ob in der Rechtskraft des Urtheils ein Grund enthalten sei, die Beweisfrist erst mit ihr anfangen zu lassen, so werde bei der darauf von den Neueren abgegebenen Antwort die Kraft eines Urtheils mit dessen Unabänderlichkeit ver-

---

schen letzteren und denjenigen thatsächlichen Momenten, rücksichtlich deren die Beweisfrage noch streitig geblieben, ein Zusammenhang Statt findet oder nicht" und das Erk. desselben Ger. vom 26. Febr. 1850. Hier hatte der Kläger sich bei dem Erkenntnisse, welches ihm den Beweis der Einlassungspunkte Nr. 92—100 zuerkannte, beruhigt, den Beweis aber, da sein Gegner mittelst Appellation darauf drang, daß ihm auch noch Beweis der Punkte 101—116 auferlegt werde, nicht sofort, vielmehr als das in appellatorio abgegebene Urtheil auf Beweis im Sinne des Appellanten erkannte, alle Beweise zugleich angetreten. Dies ward als in der Ordnung befindlich in zwei Instanzen erklärt, und dabei u. A. zur Begründung hervorgehoben: „Es würde eine doppelte Beweisführung veranlaßt werden, wenn in einem Falle, wo der Umfang des Beweisthema selbst noch unter den Parteien streitig ist, — eine theilweise Rechtskraft mit dem Erfolge, daß die Beweisfrist theilweise sofort zu laufen beginne, angenommen werden sollte. Hiebei kommt darauf, ob diejenigen Theile der Klage, wegen welcher das auf Beweisführung gerichtete Erkenntniß nicht angefochten wurde, die Hauptsache bilden, etwas nicht an, indem auch in diesem Falle — zur Vermeidung einer doppelten Beweisführung — die Beweisfrist suspendirt bleibt" u. s. w. S. auch den Plenarbeschluß des OAGer. in München vom 16. April 1846. „Die Beweisfrist wird durch eine vom Gegner des Beweispflichtigen wider die Beweisauflage ergriffene Berufung gewahrt." (Seuffert l. c. Bd. 9 Nr. 341. Bd. 4 Nr. 165.)

a) Archiv f. civil. Praxis Bd. 5 S. 255 ff.

wechselt. An und für sich trete ein Urtheil, gleich einem Gesetze, in Kraft, sobald es den Parteien bekannt gemacht worden, unabänderlich werde es erst, wenn kein Rechtsmittel weiter dagegen Statt finde. Dabei sei es aber ganz einerlei, ob der Beweisführer das Urtheil nicht anfechten könne, weil es rechtskräftig geworden, oder ob er es nicht anfechten wolle. Ihm stehe dann kein Hinderniß im Wege, den Beweis sogleich jetzt anzutreten, ja, wenn er es nicht anfechte und also erfüllen müsse, so gehöre gerade zur Erfüllung, daß er es binnen der Frist antrete, die der Richter in diesem Urtheile vorschrieb, und diese sei dann so zu berechnen, wie es der Richter meinte, nämlich von dem Augenblicke, da er das Urtheil aussprach, oder m. a. W., von Zeit der Bekanntmachung des Urtheils. Hätte der Richter gewollt, die Frist der 10 Tage solle abgerechnet werden, so hätte er dieses ausdrücklich erklären müssen.

II. Wenn Rechtsmittel gegen das Beweisinterlocut interponirt sind, wird die Beweisfrist nach Beschaffenheit der Umstände suspendirt. Wir haben hier wieder zu unterscheiden den Fall:

1. Wenn es wirklich zu einem Urtheile in der ferneren Instanz kommt, dann endet die Frist mit eingetretener Rechtskraft des gedachten Erkenntnisses. Dieses muß man consequent annehmen, wenn man der sub I. geschilderten Ansicht der Neueren beitritt, während man der Gesterding'schen Meinung zufolge die Beweisfrist von Zeit der Publication des neuen Urtheils zu rechnen hätte.

2. Läßt die Partei aber das eingewandte Rechtsmittel desert werden, so läuft

a) wenn sie die beweispflichtige selbst ist, die Frist von der Zeit an, wo die Desertion eintrat;

b) wenn aber die Gegenpartei das Rechtsmittel ergriff, so ist dem Beweispflichtigen die Frist erst von da an zu rechnen, wo er

auf amtlichem Wege von der eingetretenen Desertion in Kenntniß gesetzt wurde.

In beiden Fällen (a und b) kommt aber nach Martin's[a]) richtiger Bemerkung darauf nichts an, ob das Untergericht die Acten bereits vom Obergerichte zurück gesandt erhielt oder nicht, denn selbst im letzteren Falle würde der Beweisantretung, weil sie lediglich in Einreichung einer Schrift bei dem Gerichte besteht, kein wirkliches Hinderniß im Wege stehen.

III. Es kann vorkommen, daß in dem Beweis auflegenden Interlocute beiden Parteien die Erledigung irgend einer Proceßpflicht aufgegeben wurde. Dann kann für den Fall, daß eine Partei damit in Rückstand ist, von dieser keine Ungehorsamsbeschuldigung gegen den säumigen Beweisführer erhoben werden. Denn Niemand kann den Andern des Ungehorsams anklagen, so lange er es selbst ist. Hieraus darf man mit Martin[b]) folgern:

---

a) S. dessen Vorles. Bd. 2 S. 209.

b) Gesterding l. c. sieht die Sache von einem ganz andern Gesichtspunkte an, der aber keiner Widerlegung bedarf. Die Beweisfrist läßt er im Einverständnisse mit Schaumburg (Princ. prax. jur. jud. t. 1. S. 1. M. 2. cap. 4 §. 6 n. 6 ibique nota) nicht eher laufen, bis die Auflage des Richters, mag der Beweispflichtige oder sein Gegner sie zu erfüllen haben, ihre Erledigung gefunden. Diesem stehe der Satz: „mora sua nemini prodesse et alteri nocere debet", nicht im Wege. Der Proceß solle nun nach richterlicher Bestimmung einmal bis zur Erfüllung der gemachten Auflage ruhen, der Richter habe ja im Urtheile selbst erklärt, daß der Zeitraum, während dessen jene Aufgabe noch nicht erfüllt sei, nicht mit eingerechnet werden, sondern erst nach deren Erfüllung die Beweisfrist zu laufen beginnen solle. Dabei denkt nun Gesterding, wie seine weiteren Erörterungen zeigen, immer nur an den Kläger, und kommt auf solche Weise zu unrichtigen Schlüssen.

Die Frage, ob die Frist zur Antretung eines dem Beklagten obliegenden Beweises suspendirt sei, bis einige von mehreren Mitklägern sich zur Sache legitimirt haben, hat das O.-A.-Ger. in Dresden (nach Seuffert l. c. Bd. 1 Nr. 371) bejahet, weil Natur der Sache und Rechtsgleichheit der Parteien dafür spreche. Man dürfe nicht die mehreren zur Klage vereinten Personen allein da, wo ihnen dieses vortheilhaft sei, als eine Partei ansehen, und es würde,

a) daß eine oder mehrere dem Beweispflichtigen selbst gemachte derartige Auflagen den Lauf der Beweispflicht nicht zu hemmen vermögen, wie denn

b) bloß monitorische Auflagen an den Producten dieses ebenso wenig können, indem diesem keine Pflicht zu einer solchen Handlung injungirt ist, daher namentlich der Vorbehalt des Gegenbeweises die Frist zur Antretung des Hauptbeweises nicht sistirt;

c) daß auch in Ansehung arctatorischer Auflagen eigentlich nicht gesagt werden kann, für den Producenten werde durch Säumniß des Producten die Beweisfrist suspendirt, daß vielmehr wegen ihres Ablaufs der Producent nicht als contumax angeklagt werden kann, daher, wenn man die Frist als ipso jure peremtorisch ansieht oder sie particularrechtlich dafür erklärt ist, Desertion selbst dann eintritt, wenn der Product seine Auflage nicht erfüllt hat; diejenigen, welche die Beweisfrist gemeinrechtlich für ein fatale nicht halten, kommen daher zu dem Schlusse, daß Product, welcher den Ungehorsam purgirt hat, jetzt den Ablauf der Beweisfrist rügen, und dadurch Desertion des Beweises bewirken könne;

d) daß aber die Beweisfrist ohne Frage suspendirt erscheint, wenn dem Producten eine präjudicielle oder präparatorische Auflage gemacht ist, welche als Bedingung der Fortsetzung des Processes erscheint, so daß der Producent gar nicht früher verpflichtet ist, den von ihm geforderten Beweis anzutreten, bis ihn das Gericht davon in Kenntniß gesetzt hat, daß der Gegner die Auflage erledigt habe.

---

wenn man den Lauf der Beweisfrist verschieden berechnete, der Zweck des Litisconsortiums (Vereinfachung der Processe und Vermeidung vervielfältigter Beweisführungen und anderer Proceßhandlungen) vereitelt werden u. s. w. Wir zweifeln, daß dieses Erkenntniß, wenigstens was die Begründung anlangt, allgemein beifällig aufgenommen werden wird.

§. 11.

Gönner[a]) hat den Satz aufgestellt: es solle der Beweis derjenigen Umstände, auf welchen das Recht des Klägers beruht, vom Beweise der Einreden, der letztere vom Beweise der Repliken u. s. w. in der Weise getrennt werden, daß „über ein jedes dieser Vorbringen erst Beweis und Gegenbeweis" geführt werde, „ehe man zu dem andern schreitet." Denn abhängig werde die Anerkennung des streitigen Rechts von den Einreden erst nach erprobtem Klagerechte, von den Repliken nach bewiesenen Einreden, die Nothwendigkeit ihres Beweises sei also auch erst, nachdem jene Bedingung eingetreten, vorhanden, und könne daher z. B. der Einredenbeweis so lange verschoben werden, bis diejenigen Behauptungen bewiesen seien, welche das durch Einreden zu entkräftende Recht begründen, früher fange die Frist zur Antretung des Einredenbeweises nicht an, weil sie nach der Natur der Sache nur bedingt sei u. s. w. Wollte man, wie es particularrechtlich vorkomme, zur Abkürzung der Sache die Frist früher laufen lassen, so könne das zu den erheblichsten Mißständen führen: nicht zu gedenken, daß es immer Schaden erzeuge, wenn das Bedingte zum Unbedingten gemacht, und der Standpunkt verrückt werde, auf welchem sich nach der Natur der Sache die streitenden Theile befinden, so entstehe durch die gedachte Maxime in hundert Sachen eine Verwirrung, eine weitläuftige, kostbare, verzögernde Beweis-

---

a) S. dessen Handbuch des Proc. Bd. 2 Nr. 42. §. 4.

Die im Texte abgehandelte Frage pflegt von den Meisten so gefaßt zu werden: „Ist Beweis und Gegenbeweis gleichzeitig anzutreten"? (S. z. B. Mühlenbruch, Proc. §. 292.) Da indeß der s. g. indirecte Gegenbeweis, wie sich in der Abh. XIII. zeigen wird, vom Gebiete des Gegenbeweises der richtigen Ansicht nach ausgeschlossen ist, so werden wir die so formulirte Frage nicht hier, sondern erst z. E. des letzten §. jener Abh. aufwerfen und beantworten.

führung von beiden Seiten, bis in fünf Processen das Mittel seinen Zweck erreiche.

Gönner würde seine vielen Worte haben sparen und seine Furcht vor dem „Labyrinth, aus welchem sich Wenige mit Ariadnens Faden herausfinden können", beschwichtigen können, wenn ein Labyrinth nicht ganz anderswo existirt und der Autor einen Augenblick daran gedacht hätte, daß wir nicht mehr auf dem Standpunkte des römischen Rechts stehen, sondern es in unserm heutigen Processe eine Eventualmaxime gilt, wie er denn auf der andern Seite gar nicht erwogen hat, daß der Richter immer Proceßdirector bleibt, und unter vernünftiger Leitung des Streits erfahrungsmäßig die Rechtshändel bei einer der Gönner'schen Ansicht zuwider laufenden Behandlungsweise mit Vortheil ihre Erledigung finden.

Bei Heise und Cropp (jurist. Abh. Bd. 1. Nr. 15 §. 7. 8) finden wir die Bemerkung, daß die Eventualmaxime zwar wohl in einzelnen Beziehungen gesetzlich geltend gemacht ist, (so daß z. B. die vorhandenen Einreden gleichzeitig vorgeschützt und mit der Einlassung auf die Klage verbunden werden müssen), daß aber im Uebrigen die gedachte Maxime nur als ein doctrineller Grundsatz der neueren Processualisten erscheint, welche, abgesehen von den gesetzlichen Bestimmungen ihrer Anwendung, nur insoweit Platz greifen kann, als dafür in jenen Bestimmungen eine passende Analogie enthalten ist. Dieser Satz hat gewiß viel Wahres in sich, nur hätten wir gewünscht, derselbe hätte des von deutscher Rechtsanschauung geleiteten Gerichtsgebrauchs auch gedacht. Abgesehen nun von diesem Punkte ist offenbar sowohl die Forderung gleichzeitiger Antretung aller Beweise des Klägers wie des Beklagten im Sinne des heutigen Processes, als umgekehrt die gleichzeitige Beweisaufnahme aller analogen Vorschrift entbehrt. Es läßt sich gar nicht ersehen, weßhalb der Vorschlag

auch nur eventuell anzuwendender Beweismittel und die Erklärungen des Producten darüber nicht ebenso gut von Verwirrung und Durcheinanderwerfen des Materials sich fern halten könnte, als solches doch thatsächlich beim Vortrage eventuell aufgestellter Einreden und deren Beantwortung der Fall ist. Der Richter hat durch eine aufmerksame Instruction alle Uebelstände, die sich einschleichen wollen, zu entfernen, und würde selbst, wenn die Verhandlung der principalen Beweisesantretung kurz, die der eventuellen aber sehr verwickelt zu werden drohen sollte, (indem vielleicht gar die Parteien darauf hinweisen,) unbedenklich die letztere bis dahin wenigstens aussetzen können, wo sich zeigt, daß der principale Beweis wenigstens nicht ganz verfehlt ist. Nur zur Regel soll diese Procedur nicht erhoben werden.

Wenn nun gleichwohl der Richter für den eventuellen Beweis keine Frist anberaumt hat, so muß man doch wohl nach L. 9 C. 8. 36.[a]) annehmen, daß dieser Beweis nach dem Erkenntnisse über den principalen, falls er nach dessen Resultat nöthig erscheint, noch zuzulassen sei[b]).

---

a) „Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo exceptione te munitum asseveras, de hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas, habita exceptionis contestatione, tunc demum, quum intentionem suam secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum, monstrari convenit."

b) Man vergl. Grolmann, Theorie des gerichtl. Verf. §. 187. Bayer l. c. §. 280.

XIII.

Von der Gegenbeweisführung.

§. 1.

Bereits in der Einleitung zu diesem Werke ist gezeigt worden, wie das ältere deutsche Proceßrecht eine Gegenbeweisführung gar nicht kannte[a]), die Quellen des römischen Rechts uns darüber wenig mittheilen, dagegen das canonische Recht sich schon weiter darüber ausläßt. Indeß das Gesammtergebniß der recipirten fremden Rechte bietet doch kein hinreichendes Material für die Aufstellung einer Theorie des Gegenbeweises, wir sind vielmehr hauptsächlich auf die Natur der Sache hingewiesen und müssen uns begnügen, die aufzustellenden Grundsätze, um ihnen mehr Autorität zu verschaffen, mit den wenigen Quellenstellen, die sich anführen lassen, zn belegen. Erst in neuerer Zeit hat man angefangen auf diesem Wege das Richtige zu finden[b]), wenn gleich noch Manches un aufgeklärt und zweifelhaft bleibt.

---

a) Nämlich wegen der Formalität der Beweise. Vergl. S. 28 not. b. und Planck l. c. S. 122. „da nicht die Ueberzeugung des Gerichts das letzte entscheidende Moment war, so würde jeder Maaßstab gefehlt haben, nach welchem der Werth des Beweises und Gegenbeweises gegeneinander hätte abgemessen werden können.“

b) Von Bedeutung sind Gönner, Proc. II. Nr. 41. 42. Linde, Abh. aus d. Civilproc. I. Bd. 2 S. 49. Mittermaier im Archiv Bd. 6 Nr. 17, Fitting über Begriff des Haupt- und Gegenbeweises, Erlangen 1853. Aeltere

§. 2.

Bei der Führung sämmtlicher in den Paragraphen 13—18 der XI. Abhandl. erwähnten Beweise hatte die betreffende Partei den Zweck, den Einfluß der den von der Gegenpartei vorgelegten Thatsachen zukommenden juristischen Bedeutung zu beseitigen. Nun aber gibt es noch für sie eine zweite Art von Beweishandlungen, deren Zweck ist, die juristische Gewißheit jener Thatsachen zu verhindern[a]). Den Grund der Zulässigkeit solcher Beweishandlungen haben wir bereits oben (S. 38) darin gefunden, daß unser heutiger Proceß eine möglichste Gleichheit der Parteien in ihren Handlungsbefugnissen erstrebt[b]), daher der Richter, so oft er einer Partei befiehlt, eine von ihr aufgestellte Thatsache wahr zu machen, allemal der Gegenpartei gestatten muß, ihrerseits facta vorzulegen, welche der Annahme jener geforderten juristischen Gewißheit im Wege stehen. Die hierauf berechneten Handlungen nennen wir Gegenbeweisführung, da sie gegen die von der andern Partei unternommenen Beweishandlungen gerichtet sind[c]), und letztere wird mit Rücksicht hierauf als Führung des Hauptbeweises bezeichnet.

Schriftsteller: Stryk (tom. 12 diss. 6 c. 1 §. 2.) Weber (l. c. I, 2 not. 4. VI. 37.) Schneider l. c. §. 380 und Anmerkg. 69 dazu, Bayer l. c. §. 237. Joachim (diss. de differentia reprobat. a probat. Lipsiae 1730).

a) Mittermaier l. c. S. 349.

b) Martin, Vorlesungen. §. 135. Fitting l. c. S. 69.

c) Als eine gegen die Beweisführung des andern Theils, also das Bewahrheiten gerichtete Gegenhandlung erscheint die Führung des Einreden — Repliken — Duplikenbeweises u. s. w. niemals, und schon aus diesem Grunde ist es unrichtig, den Beweis einer Einrede u. s. w. als indirecten Gegenbeweis zum Unterschiede von dem im Texte besprochenen „directer" genannten zu bezeichnen. Der Unterschied zwischen directem und indirectem Gegenbeweise existirt gar nicht. Ueber andere Gründe der Verwerfung desselben s. Fitting l. c. S. 39 ff. und Martin l. c. §. 135.

Zweck des Gegenbeweises ist also nicht, wie man wohl gesagt hat, Vernichtung, sondern Verhinderung eines genügenden Resultats der Hauptbeweisführung [a]). Um nämlich die Frage zu entscheiden, ob eine zum Beweise verstellte Thatsache zur genügenden Gewißheit erhoben sei, darf der Richter die Gründe pro niemals allein [b]) berücksichtigen, er ist vielmehr erst, wenn er die Gründe contra damit verglichen hat, in der Lage zu beurtheilen, ob von einer genügenden Gewißheit die Rede sein kann, m. a. W. die Gründe pro sind zur Herstellung der letzteren für sich allein gar nicht qualificirt, daher sich auch nicht sagen läßt, dieselbe werde durch Gründe contra vernichtet [c]).

Auch nicht die Unwahrheit oder das Gegentheil dessen, was der Hauptbeweisführer klar stellen soll, braucht der Gegenbeweisführer darzuthun, er schützt sich vielmehr auch schon dadurch, daß er zeigt, wie das, was sein Gegner zum Zweck des Beweises vorlegt, nicht hinreiche.

§. 3.

Wir haben gesagt, der Richter müsse dem Gegner des Beweisführers gestatten, Gegenbeweishandlungen vorzunehmen. Damit hängt es zusammen, wenn man gewöhnlich die Behauptung hört, die Gegenbeweisführung sei ein Recht, nicht eine Pflicht, der Gegenbeweis werde deßhalb vorbehalten, aber nicht auferlegt. Dieses ist aber ebenso wenig richtig, als wenn man behaupten wollte, die Hauptbeweisführung erscheine lediglich als eine Last,

---

a) Martin l. c. sagt von der hier besprochenen Art des Beweises, sie beschränke sich „auf den Versuch des Nachweises der Unhaltbarkeit oder Unrichtigkeit der Beweisführung.“ Vergl. Linde l. c. S. 56. Fitting l. c. S. 54. 55.

b) Ausgenommen natürlich den Fall, wo die contumacia der dem Beweisführer gegenüberstehenden Partei die Rücksichtsnahme auf die Gründe contra verbietet.

c) Vergl. Mittermaier l. c. S. 350.

nicht als Berechtigung [a]). Pflicht zur Führung des Hauptbeweises existirt als Zwangspflicht, auf deren Nichterfüllung Strafe gesetzt wäre, überhaupt nicht; es liegt nur insofern ein Zwang vor, als die juristische Bedeutung einer zum Beweise verstellten Thatsache zum Nachtheile des Beweispflichtigen ihren Einfluß nicht äußern kann, wenn die Thatsache unerwiesen bleibt. In demselben Sinne gibt es auch eine Verpflichtung des Producten zum Gegenbeweise, indem, wenn er keine Reprobatorialhandlungen unternimmt, der Gegner den Proceß leichter gewinnen wird [b]). Hieran kann durch den Umstand, daß der Beweis nur vorbehalten und nicht gefordert und besonders normirt ist, nichts geändert werden. Eine Normirung erfolgt regelmäßig nicht, weil man mit der Aufstellung des Hauptbeweissatzes auch das Thema des Gegenbeweises kennt, besonders gefordert wird er nicht, weil das Recht und die Verpflichtung dazu sich ganz von selbst versteht, selbst dann, wenn der Richter auch nicht einmal einen Vorbehalt ausgesprochen hätte [c]). Ihn wie den Hauptbeweis aufzulegen würde ferner ganz unpassend sein, da er nur auf den Fall, daß der Hauptbeweis wenigstens nicht ganz verfehlt erscheint, erforderlich wird, der interloquirende Richter aber den Erfolg des Hauptbeweises gar nicht voraussehen kann. Der Grund endlich, weßhalb man den sich von selbst verstehenden Gegenbeweis besonders vorzubehalten pflegt, ist ein historischer. Man glaubte auf seine Zulässigkeit bei Einführung

---

a) Daß sie auch als letztere aufgefaßt werden kann, zeigt das Beispiel auf S. 53, a.

b) Bayer S. 767. Von einer Verpflichtung kann allerdings keine Rede sein, so lange kein Hauptbeweis unternommen ist.

c) Vergl. Martin l. c. §. 135. Bayer l. c. S. 766, woselbst der seiner Natur nach einen Gegenbeweis ausschließende gerichtliche Augenschein, wenn er gehörig abgehalten ist, ferner die praesumtio juris et de jure und der deferirte Eid als Ausnahmen begründend angeführt sind. Hierüber wird s. Z. das Erforderliche noch bemerkt werden. S. auch Abh. V. §. 9.

der fremden Rechte deßhalb aufmerksam machen zu müssen, weil er bis dahin nicht möglich gewesen war. Ehedem hatte der Vorbehalt also wirklichen Nutzen[a]), jetzt geschieht er des wohlanständigen Herkommens wegen.

§. 4.

Es gibt aber auch Fälle, wo der Gegenbeweis im Interlocute besonders zu normiren ist. Mitunter wird nämlich der Beweis anticipirt und ist eine Auflage des Hauptbeweises nicht mehr nöthig, weil jene Anticipation ein vorläufig genügendes Resultat ergeben hat[b]). Hier muß der Reprobant wissen, worauf er seinen Beweis zu richten hat[c]). Ueberhaupt aber ist es, abgesehen ganz von der gedachten Anticipation allemal rathsam eine besondere Normirung vorzunehmen, wenn gegründete Besorgniß eines Mißverständnisses vorliegt. Es kommt vor, daß eine Partei im ersten Verfahren Thatsachen vorträgt, die sich zur Gegenbeweisführung eignen, während die Partei sie irrthümlich als Gegenstand einer Hauptbeweisführung ansah. Ist nun von diesen im Beweisinterlocute gar keine Rede, so wird die Partei leicht zu der Ansicht verleitet, daß sie als irrelevant vom Richter betrachtet seien, und sie wird vorsichtig gegen das Interlocut appelliren. Die dadurch hervorgerufenen Weiterungen werden vermieden, wenn der Richter jene Thatsachen ausdrücklich als Thema eines Gegenbeweises bezeichnet[d]). Zulässig muß solches aus dem Grunde gehalten werden, weil ein allgemeiner Vorbehalt des Gegenbeweises ja lediglich

---

a) Planck l. c. S. 122. 287.

b) D. h. der Richter ist in der Lage zu sagen, daß der Hauptbeweis gelungen sein würde, wenn Gegenbeweis unterbliebe oder keinen Erfolg hätte.

c) Die Norm des Gegenbeweises ist hier dieselbe, wie das Thema des Hauptbeweises gelautet haben würde, wenn nicht anticipirt wäre, nur in umgekehrter Form.

d) Vergl. Seuffert Bd. 4 Nr. 85.

Sache der Zweckmäßigkeit ist, und nicht Statt finden kann, wo er aufhört dieses zu sein. Daß übrigens auch, wenn die Normirung eines Gegenbeweises zur Vermeidung von Irrung Statt gefunden hat, der Reprobant daran nicht gebunden ist und seinen Gegenbeweis auf andere Thatsachen richten kann, versteht sich von selbst, denn es war ja nicht Absicht des Richters und war überall nicht zulässig, die Wahl des Reprobanten zu beschränken[a]).

Dieses führt uns zur Erörterung der Frage, auf welche Weise der Reprobant die zur Verhinderung des Hauptbeweises zu unternehmenden Handlungen einrichten kann?

§. 5.

Er kann seinen Zweck auf einem doppelten Wege erreichen,

1) indem er die vom Hauptbeweisführer in Vorschlag gebrachten Beweismittel angreift. Alle Thatsachen kann er zu dem Ende beweisen, welche jenen Beweismitteln ihren Werth ganz entziehen oder ihn schmälern. In dem Maaße nämlich, wie letzteres geschieht, hören die durch dieselben bekundeten facta auf Beweisgründe zu sein, sie sinken ganz oder zum Theil zu Scheingründen herunter. Z. B. Reprobant weiset nach, daß die vom Gegner producirte öffentliche Urkunde gar nicht von der Behörde, welche als Ausstellerin angegeben ist, ausgestellt wurde, oder daß die abgehörten Zeugen betrunken waren.

2) oder indem der Reprobant darzuthun sucht, daß dasjenige, was sein Gegner beweisen soll, nicht wahr sei. Dieser Beweis kann nun:

a) entweder ein unmittelbarer (natürlicher) sein, der Reprobant kann z. B. gegen den Beweis seines Gegners, daß er bei einer bestimmten Gelegenheit vom letzteren geschlagen sei, Zeugen

a) Es ist rathsam zu sagen: „Gegenbeweis wird vorbehalten, namentlich dahin" u. s. w.

abhören lassen, welche aussagen sollen, daß dieses nicht geschehen sei,

b) oder er kann ein Beweis mittelst Schlußfolgerungen aus concludenten Thatsachen sein. Hierher gehört der oben erwähnte Beweis der motivirten Verneinungen, von denen bereits[a]) bemerkt wurde, daß sie im ersten Verfahren als Versuch eines anticipirten Gegenbeweises erscheinen. Hat dieser Versuch zu keinem Resultate geführt, so kann der Anticipant in dem Stadium, in welchem er eigentlich erst gehalten ist, Gegenbeweis zu führen, die früher vorgetragenen Thatsachen wieder zur Sprache bringen und hier ihren Beweis versuchen.

§. 6.

Dem Hauptbeweisführer steht es nicht unter allen Umständen zu, wider den Gegenbeweis seinerseits abermals Beweishandlungen zu unternehmen, um das Gelingen des Gegenbeweises zu verhindern. Dieß drückt der Satz aus: ,,reprobatio reprobationis non datur'', dem man jedoch, weil er aus dem Wesen des Gegenbeweises hergeleitet wurde[b]), eine viel zu große Ausdehnung gegeben hat. Wir haben denselben nämlich lediglich als eine Forderung des Eventualprincips anzusehen. Diesem zufolge muß der Hauptbeweisführer binnen der vorgeschriebenen Beweisfrist alle Beweismittel vortragen, widrigenfalls er später damit nicht mehr gehört wird. So oft also eine reprobatio reprobationis auf eine Vervollständigung des Hauptbeweises hinauslaufen[c]) würde, darf sie

---

a) S. Abh. XI. S. 332.

b) S. Linde, Abh. Bd. 1. S. 72.

c) Hierbei ist überall vorausgesetzt, daß eine peremtorische Beweisfrist gesetzlich oder doch vom Richter vorgeschrieben war. Denn wäre dieses nicht der Fall, so könnte der Satz reprob. reprob. non datur begreiflich niemals Platz greifen.

nicht zugelassen werden. Der Satz reprob. reprob. non datur findet dagegen keine Anwendung:

1. In dem sub 1 in §. 5 gedachten Falle. Wenn z. B. der Reprobant facta zu beweisen unternimmt, durch welche er die Untüchtigkeit oder verminderte Glaubwürdigkeit der Zeugen, die sein Gegner vorschlug, darthun will, so muß seinem Gegner auch hierwider das Wort verstattet werden, oder aber, wenn Reprobant durch Zeugen den Beweis der Unächtheit einer vom Hauptbeweisführer producirten Urkunde versucht, kann letzterer den Beweis solcher Thatsachen versuchen, welche den Werth der Zeugen schwächen oder ganz vernichten. Beide Fälle sind im canonischen Rechte bedacht. Der erste in der L. 49 X. 2. 20[a]), woselbst freilich sich die inconsequente, von legislativer Politik dictirte Bestimmung findet, daß wider die Glaubwürdigkeit der gedachten Antireprobatorialzeugen kein weiterer Zeugenbeweis zugelassen werden soll[b]); der zweite Fall kommt vor in cap. 5 X. 2. 19[c]), wo wenigstens die

---

a) c. 49 X. 2. 20. „Mandamus, quatenus recipiatis testes, quos contra personas productorum super principali negotio partes duxerint producendos, quos si rursus pars altera vel utraque voluerit reprobare, contra illos probationes admittere procuretis, ita quod ultra non liceat partibus ad reprobationem testium aspirare, ne, si producendi quartos contra tertios, et sic deinceps, partibus licentia tribuatur, negotium diutius protelari contingat.“

b) Vergl. Linde l. c. S. 74. 75. Bayer, S. 772.

c) „Ecce quidam regularis sigillo Capituli quoddam instrumentum cuidam amico suo signavit, in quo facta ei alienatio quarundam rerum ecclesiae immobilium continetur. Quo exhibito in judicio procurator universitatis illud asseruit de assensu conventus non esse confectum, et adulterinum, vel furtivum esse sigillum. Quumque fratres ad perhibendum testimonium produxisset, jurati dixerunt, quod quoties de hoc intra fratres erat mentio, consilium totius conventus, et vox fuit unanimis, quod nolebant alienationem rerum illarum, sed res domus integras conservari volebant. Sed quoniam contra hoc nihil pars adversa probavit, respondemus secundum assertionem testium tantummodo judicandum.“

Worte „quoniam contra hoc nihil pars adversa probavit" erkennen lassen, daß es gestattet gewesen wäre gegen den durch Zeugen geführten Gegenbeweis einen fernern Beweis zu liefern.

2. In dem Falle einer künstlichen Führung des Gegenbeweises, (also namentlich der motivirten Verneinung). Ein Fall dieser Art findet sich auch im canonischen Rechte besonders erwähnt. Vergl. c. 35 X. 2. 20.

§. 7.

Zur Führung des Gegenbeweises eignen sich alle sonst zulässigen Beweismittel. Nur der deferirte Eid macht in einiger Beziehung hiervon eine Ausnahme. Denn

1. ist der Gegenbeweis unmittelbar auf die Unwahrheit des Hauptbeweissatzes gerichtet, und

a) ergibt die Hauptbeweisführung ein derartiges Resultat, daß man bei gänzlich fehlenden Gegenbeweisgründen sie für genügend ansehen müßte, so ist der Hauptbeweisführer nach ausdrücklicher Bestimmung des canonischen Rechts [a]) weder gehalten sich auf den Eid, den ihm sein Gegner deferirt hat, einzulassen, noch wäre dieses, als einen Mißbrauch des Eides zur Folge habend, vom Richter zuzulassen.

b) Ist der Hauptbeweis ganz verfehlt, so kann selbstverständlich überhaupt von keinem Gegenbeweise mehr die Rede sein.

c) Im Falle eines zwar nicht ganz verfehlten, aber auch nicht genügenden Resultats der Hauptbeweisführung würde statt des deferirten Eides ein nothwendiger die Sache erledigen.

2. Aber auch im Falle einer künstlichen Führung des Gegenbeweises darf man Eidesdelation nicht ganz uneingeschränkt als zulässig annehmen. Es ist nämlich denkbar, daß die Prämisse des

---

a) c. 2 X. 2. 19. S. oben S. 369 not. b.

künstlichen Gegenbeweises schon in dem, was der Hauptbeweisführer vorgelegt hat, mitenthalten ist, wie in dem von Bayer angeführten Beispiele, wo Jemand bereits zur vorläufig genügenden Gewißheit erhoben hat, daß er an einem bestimmten Orte ein Geschäft mit dem Gegner abgeschlossen habe, dieser aber sein alibi durch Eidesdelation beweisen will. Diese würde nach dem oben sub 1, a Gesagten unstattnehmig erscheinen.

§. 8.

Da eine zweckmäßige Einrichtung der Gegenbeweisführung allem Gesagten nach die Kenntniß des Inhalts des Hauptbeweises und der zu dessen Führung in Vorschlag gebrachten Beweismittel voraussetzt, so ist die Frage, ob die Hauptbeweisfrist auch als die zur Antretung des Gegenbeweises zu beobachtende vorzuschreiben sei, zu verneinen. Der Richter wird eine Gegenbeweisfrist erst in demjenigen Decrete anzuordnen haben, welches dem Producten die Antretung des Hauptbeweises mittheilt. Hat er für die Antretung des Gegenbeweises eine Zeit zu bestimmen versäumt, so findet der Gegenbeweis noch bis zu dem Actenschlusse in dem Verfahren über den Hauptbeweis Statt [a]), nur durch Zeugen kann er der herrschenden Meinung nach dann nicht mehr geführt werden, wenn der Rotulus der im Hauptbeweisverfahren erhobenen Zeugenaussagen Statt gefunden hat, weil eine Subornation der Gegenbeweiszeugen zu befürchten wäre [b]). Hierüber später mehr!

a) Bayer l. c. §. 280.

b) Bayer l. c. Grolmann, Theorie des ger. Verf. §. 187.

Druck von Breitkopf und Härtel in Leipzig